

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DES MOBILES
DANS
LES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon

Le Mercredi 30 Juin 1909

PAR

Louis DUBREUIL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1909

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. *, I. Q, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, *, I. Q, professeur honoraire.

FLURER, I. Q, professeur de Droit civil, Doyen.

GARRAUD, I. Q, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. Q, professeur de Droit romain.

THALLER, *, I. Q, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. Q, professeur honoraire.

COHENDY, *, I. Q, professeur de Droit commercial.

PIC, I. Q, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. Q, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. Q, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. Q, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. Q, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. Q, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. Q, professeur d'Économie politique.

HUVELIN, A. Q, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. Q, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. Q, professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Économie politique.

WALAS, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. Q, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. JOSSERAND, *professeur*.

Suffragants { MM. FLURER, *professeur*.
E. LÉVY, *professeur*.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DES MOBILES
DANS
LES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

*Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Lyon
Le Mercredi 30 Juin 1909*

PAR

Louis DUBREUIL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

En témoignage de reconnaissante affection.

Lyon, 28 avril 1909.

L. D.

INTRODUCTION

Sans vouloir dire qu'il s'agisse d'un mouvement peut-être général, nous pouvons difficilement méconnaître cette tendance du droit à s'imprégner de notions subjectives, et à faire appel à une psychologie toujours plus exigeante. Nous pourrions insister, en nous plaçant d'abord à un point de vue philosophique, sur cette pénétrante analyse (1), qui nous a montré le droit fait de croyances sociales, et reposant sur cette seule base mouvante, l'autorité directrice des moindres principes juridiques.

Mais à nous limiter à un examen plus strictement positif, nous trouvons depuis longtemps, par exemple, dans le droit pénal, ce subjectivisme particulièrement mis en relief ; il est banal de rappeler qu'à l'origine le fait punissable était envisagé dans son caractère objectif ; ce qu'on retenait c'est qu'un dommage a été causé et qu'on en doit réparation ; l'intention de le produire importait peu, et, dès lors, la confusion était complète entre le droit pénal

(1) Lévy, *Affirmation du droit collectif*.

et le droit civil ; pas d'intention, c'est-à-dire aussi qu'une fois l'acte extérieur produit, on déterminait la punition à ce dommage exclusif. Puis apparaît ce souci de remonter du geste du coupable à la volonté qui l'a produit ; c'est désormais cette volonté qu'on scrute et qu'on juge, cette volonté, d'abord à l'instant où elle a commis la faute, et, ensuite parce qu'à remonter ainsi, on est fatalement amené à remonter plus loin, la volonté en général, dont un des actes occasionnels est en question. Le juge descend dans la conscience qu'il a pour mission d'apprécier ; il la démonte, il l'analyse, et le crime n'est plus défini que comme son prolongement. Il est difficile d'imaginer un subjectivisme poussé jusqu'à des limites plus inquiétantes.

Avec le droit civil, ce n'est plus une question de culpabilité qui se pose, mais, en un sens et surtout, une question de propriété. Le droit glisse pour ainsi dire des personnes aux choses, on s'aperçoit, il est vrai, que c'est pour définir ces choses par rapport aux personnes, et l'ancienne définition de droit réel a été déjà remplacée. Dans le même sens, et d'un point de vue central, l'idée d'abus de droit (1) a marqué mieux encore ce caractère relatif des prérogatives qui nous sont concédées. Les droits ne sont plus considérés comme des entités intangibles et absolues, ayant par eux seuls une souveraineté illimitée ; on s'aperçoit qu'ils n'apparaissent dans l'action, que mis

(1) Josserand, *De l'abus des droits*.

en rapport avec les individualités qui les exercent et pour ainsi dire en fonction d'elles ; que pour les définir, il importe dès lors d'interroger ces individualités, de scruter les mobiles auxquels elles répondent, de contrôler si ces mobiles sont bien en accord avec la destination sociale des droits en question.

Et, d'ailleurs, avant même que la notion d'abus de droit ne soit formulée, l'attitude de bonne ou de mauvaise foi modifiait la situation du possesseur et influait sur les titres de propriété. Le droit prétorien, par exemple, construisait un droit d'attente sur ces notions subjectives, et ce besoin s'est vite fait sentir de reculer jusqu'aux individualités en effet des principes trop raides, insoucieux d'elles et d'avance condamnés à cet assouplissement nécessaire.

En matière de contrats, c'est-à-dire à propos de l'œuvre par excellence de la volonté juridique, nous devinons que cette orientation doit se manifester avec une particulière netteté. Les droits, dont nous venons de voir la limitation pour ainsi dire a priori, c'est-à-dire avant qu'aucune intervention de leurs titulaires ne se produise, peuvent être modifiés du consentement de ceux qui les exercent ; les volontés d'un mutuel accord peuvent déplacer les frontières de leurs sphères respectives, et il s'agit d'apprécier la convention qui exprime ce changement. Il semble que l'essentiel soit, dès lors, d'interroger ces volontés mêmes, et que le critérium le meilleur soit celui de la traduction plus scrupuleuse de leurs intentions.

Ce critérium a été singulièrement long à découvrir, et c'est presque toute une partie de l'histoire du droit que celle relative à cette transformation des contrats, partis du système formaliste romain, nous avons peu à peu dégagé la volonté et la volonté se suffisant à elle même. Au début, c'est la couleur du contrat, c'est son vêtement, pour ainsi dire qui lui confère sa signification véritable. Ce n'est pas parce que j'ai promis, et que dans cette promesse, il y a l'adhésion de ma volonté, que je dois ; c'est uniquement parce que j'ai prononcé certaines paroles solennelles que je me trouve engagé. Ce n'est pas moi-même qui m'oblige, c'est la vertu de certains mots ou de certains gestes qui me lie, il y a plus, qui crée littéralement ce trait d'union.

Puis, insensiblement, la volonté perce sous ce qui l'enveloppe, et de façon plus ou moins inconsciente. Aujourd'hui, ces formes n'interviendront que dans l'intérêt seul d'une volonté qui doit pouvoir prouver ce qu'elle a voulu établir. Dans cette preuve, le principe sera l'interprétation de la volonté. Ce qu'il faudra retenir n'est pas, fût-ce à cet égard, les mots employés, mais la volonté derrière ces mots. On demande uniquement à la volonté d'être une volonté normale, en d'autres termes, une volonté qui corresponde à la définition absolue de la volonté, telle que nos croyances communes l'envisagent, et toutes les conditions exigées, par notre code pour le consentement, procèdent de cette unique préoccupation.

La seule limite à la souveraineté de cette volonté, ainsi

placée au centre du droit contractuel, sera, à cette date, la notion d'ordre public, bien entendu essentiellement variable, se restreignant ou s'élargissant suivant que la conception actuelle sera plus individuelle ou plus sociale. Et, au résumé, les deux questions que le juge devra se poser en examinant le contrat seront ainsi formulées : « Qu'ont entendu les contractants ? » et « ce qu'ils ont voulu n'est-il pas contraire à l'ordre social ? »

Pour les résoudre, nous avons laissé entendre que jusque-là, c'est la volonté dans son intention qu'il faut définir, dans son intention non pas cachée mais officielle, dans son objet immédiat et non indirect. On se demande ce qu'on a voulu par exemple, non pourquoi on l'a voulu ; on se demande aussi si ce qu'on a voulu n'est pas contraire à l'ordre social, mais on n'étend pas cette question à ce « pourquoi » de la convention. Aujourd'hui cette réserve même n'est plus respectée, la psychologie juridique devient plus indiscrète et plus exigeante ; l'étude des mobiles dans les contrats commence à s'imposer ; et ainsi se poursuit l'évolution, dont nous avons tenu à préciser aussi longuement le point de départ.

« Le législateur de 1804, fait remarquer M. Josserand, a réduit dans la limite du possible l'influence des mobiles auxquels ont obéi les contractants. Ils ne deviennent décisifs que dans des circonstances particulièrement graves, et si leur illégitimité s'extériorise dans des manœuvres constitutives de violence ou de dol. » Et, même en ce sens,

pourrions-nous remarquer que le contrat se trouve vicié, non pas, dans l'esprit du législateur, parce que les mobiles irréguliers guident la volonté de qui les emploie, mais uniquement parce que la volonté adverse n'apparaît pas entièrement libre, et que le consentement qu'elle donne se trouve dépourvu de sa sincérité même. En d'autres termes, ce n'est point cette considération de mobiles qui inspire notre code civil, mais uniquement le souci de respecter la liberté du consentement en général.

C'est à vrai dire, et presque exclusivement, dans la théorie de la cause qu'il faut rechercher l'indice de préoccupations aussi particulièrement psychologiques. La cause est en effet incontestablement, et quelle que soit la définition dont elle s'est trouvée successivement revêtue, une notion d'ordre intentionnel ; mais jusqu'ici la doctrine et, pendant longtemps, la jurisprudence restreignaient jusqu'à la stérilité l'application de cette théorie. Définie dans le contrat synallagmatique l'obligation correspondante, dans le contrat de prêt la remise des deniers, dans le contrat de bienfaisance l'esprit de libéralité, ou bien cette cause se confondait avec un des autres éléments de la convention, ou elle demeurait une notion abstraite sans intérêt pratique possible.

Aujourd'hui, s'affirme chez la jurisprudence la tendance très nette d'élargir et de modifier ces définitions étroites, et ainsi de faire apparaître le mobile pour ainsi dire actif du contrat, non pas théorique, mais concret et individuel, et de créer comme une sorte de casuistique juridique.

Ainsi, en matière de libéralité, au lieu de chercher cet esprit de bienfaisance en général, elle dégage le motif variable qui explique chaque acte de générosité, la pensée particulière qui a déterminé telle donation.

Et c'est ainsi que cette définition nouvelle de la cause a permis, dans les contrats à titre gratuit, de modifier une des dispositions particulièrement critiquées de notre Code. L'article 900, relatif aux conditions impossibles ou immorales dans les donations, prononce que ces conditions sont réputées non écrites, et que le contrat en dehors de cette suppression demeure valable. Aujourd'hui, d'après la jurisprudence, si ces conditions apparaissent comme le mobile essentiel et déterminant, elles représentent la cause de la donation, et, puisque cette cause se révèle comme illicite, la donation tout entière est atteinte en vertu de l'article 1134.

Ce mouvement, d'ailleurs, s'étend aux contrats autres que les contrats de bienfaisance, et gagne de plus en plus tout le domaine contractuel. La jurisprudence examine, en effet, en dehors de la cause ancienne, le but poursuivi par les contractants, la fonction que tous deux ensemble entendent lui faire remplir, produisant ainsi sur la scène juridique des mobiles de la convention, qui y étaient jusque-là étrangers. Dans cet examen, au reste, elle s'inquiète avant tout de savoir si ce but poursuivi, si cette fonction est conforme à l'ordre social, et nous retrouvons dès lors la notion d'abus de droit modifiée sous cette forme et en quelque sorte renouvelée.

Ainsi, sous le couvert de la notion de cause, les mobiles du contrat sont désormais atteints par les règles juridiques et font définitivement partie du droit, soit qu'il s'agisse de faire respecter plus entièrement la volonté contractante, soit qu'il s'agisse de défendre avec plus de vigilance l'ordre public contre ses attaques plus hypocrites ou plus dangereuses. Nous verrons, d'ailleurs, que c'est surtout à ce dernier point de vue social que les mobiles sont examinés, c'est-à-dire, que la théorie de la cause s'élargit en tant qu'elle concerne son illicéité.

Et, sans examen plus minutieux, nous pouvons noter d'avance ce souci qu'a le droit de joindre cette individualité mobile, variée; qui se fait un jeu de passer entre ses prescriptions, d'étirer et d'assouplir ses principes, de manière à l'atteindre et à la suivre jusque dans ses nuances et ses détours, et d'illustrer sous cette forme particulièrement saisissante ce mouvement subjectif, dont nous avons essayé de noter ici hâtivement les traits essentiels.

CHAPITRE PREMIER

LES MOBILES ET LE DROIT ROMAIN

Nous tenons à bien préciser d'abord, que l'évolution historique, que nous allons retracer, sera décrite avant tout dans ses termes généraux et essentiels, et à dessein éloignée d'une érudition minutieuse, où elle risquerait de s'égarer. Nous chercherons, en effet, à dégager l'orientation du droit dans le sens actuel, de manière à montrer que la situation d'aujourd'hui a été annoncée, préparée et insensiblement ébauchée, car il nous semble qu'une des seules chances que l'on puisse avoir de prophétiser avec succès, est de chercher si la solution à contrôler prolonge régulièrement la direction reçue. L'on s'expose, il est vrai, dans ces sortes de tracés schématiques à une certaine brutalité, où la réalité plus souple, plus complexe, plus ingénieuse semble comme mutilée ; et nous nous en excusons d'avance.

Plus spécialement, dans cet appel à l'histoire du droit romain que nous faisons, nous ne nous arrêterons pas aux controverses de détail ; nous nous bornons, en recueillant des opinions, croyons-nous, admises, à les diriger

dans le sens que nous aurons cru voir se définir. Un romaniste de carrière pourrait éprouver sans doute plus d'une inquiétude et plus d'un scrupule ; aussi bien, dans ce premier chapitre que nous consacrerons à cette législation, ne chercherons-nous pas à faire une étude de droit romain proprement dite, en tant qu'une étude de ce genre veut être une œuvre de reconstitution scrupuleuse d'éléments juridiques étudiés en eux-mêmes, dans leurs débris, et dans la poussière qui les recouvre. A vrai dire, si nous avons cru nécessaire de nous adresser au droit romain, c'est parce que nous y trouvons le commencement le plus instructif du mouvement que nous entendons retracer ; le droit romain initial, qui présente une législation à ses débuts, figure la plus frappante antithèse d'un droit contractuel subjectif auquel nous aboutissons aujourd'hui, et ce contraste illustre met, en quelque sorte, en pleine lumière la situation à laquelle nous sommes péniblement arrivés ; puis, dans ce même droit romain, d'abord objectif formaliste, nous voyons insensiblement s'ébaucher une conception où la volonté se soulève, se dégage, et finit par dominer et expliquer le contrat. Et c'est notre droit qui à son tour complique, étend cette notion de volonté, jusqu'au point où nous aurons à la décrire.

Dans le droit romain initial, en effet, le contrat est alors non un acte de volonté, où ce qui est retenu et doit être respecté c'est cette volonté même, mais la reproduction de certaines formes, de certains caractères ayant par eux seuls, une sorte de vertu créatrice, qu'un droit essentiel-

lement formaliste lui a conférée. Il faut bien comprendre que dans cette conception, l'effet juridique est étranger à la volonté qui emprunte ce cadre. En employant ce cadre, elle trouve le moyen de faire jouer le ressort qui l'intéresse ; le juge qui s'occupe du droit constate le résultat, sans se soucier autrement de l'intention de le produire. D'où, à poursuivre cette analyse, son étendue même sera strictement limitée à l'emploi des formes observées ; tel geste se sera produit, tel phénomène juridique qui y est attaché se produira à son tour. Tout se passe mécaniquement, aveuglément, au dessus des volontés, souvent malgré elles ; et il y a parfois une singulière ironie à comparer ce que les volontés cherchent à obtenir et ce qu'elles réalisent effectivement. Quel abîme, entre le droit et ce que nous appelons l'équité, se creusait alors ? Quelles ruses pour qui aurait connu ce mécanisme, à employer contre ce droit et contre ceux qui s'y fiaient naïvement ? Quelles difficultés aussi d'en faire un usage efficace et régulièrement calculé ?

Pour définir, il est vrai, un pareil système, il faut envisager le seul contrat formel et supposer que le droit romain s'en soit tenu là. Mais peu à peu cette intransigeance s'est atténuée. Près de ce contrat formel se définissent soit des contrats réels, soit même des contrats consensuels ; et nous avons à marquer historiquement cette dégradation insensible, qui peu à peu découvre une volonté se suffisant enfin à elle-même. Dans le contrat réel, où c'est la *res* ou la remise de la *res* qui fait

la convention tout entière, nous sommes plus près de la volonté, puisque c'est la réalisation même de cette volonté qui fait naître l'obligation. Dans le contrat consensuel, c'est bien le consentement qui importe, c'est bien la volonté qui apparaît, mais comme cet élément constitutif de la convention enfin dégagé, vient seulement de l'être, on ne peut en demander encore au jurisconsulte une définition plus minutieuse. Il ne saurait être, dès lors, question à priori de cette notion d'ordre intentionnel, la cause, que nous verrons plus tard notre droit définir un « mobile immédiat, déterminant, juridiquement suffisant » ; cette notion complémentaire de la volonté, ne peut qu'être le résultat d'une théorie de la volonté depuis longtemps dégagée, très nette et très consciente (1).

Mais si nulle part nous ne voyons cette idée apparaître de façon générale et synthétique, il semble qu'à propos de cas isolés le droit romain ait eu le pressentiment de cette notion même ; qu'il ait été amené, par l'application d'autres principes, à éprouver comme la nécessité de cette invasion plus psychologique du droit sous une forme plus ou moins détournée.

Nous disons qu'il y ait été amené par l'application d'autres principes, et c'est bien ce qui semble résulter

(1) Nous verrons en effet que si quelques auteurs, dans la définition de la cause, tendent pratiquement à en oublier le caractère subjectif, la doctrine véritable, telle qu'elle se dégage de la tradition, telle qu'elle est affirmée de façon générale et officielle, voit dans la cause un mobile, d'une certaine nature sans doute, mais un mobile.

des dernières analyses de consciencieuse érudition, qui sont intervenues en ce qui concerne cette notion de cause en droit romain. C'est une observation banale, que de remarquer dans le droit romain en général, à côté d'un droit officiel rigide, dégagé en quelque sorte comme en dehors de la vie elle-même, cette correction et cet assouplissement incessants apportés par l'équité seule. Une des notions les plus fécondes, dont cette équité se soit servie, est à coup sûr celle d'enrichissement sans cause. Cette notion d'origine extracontractuelle, veut que celui qui a acquis ou qui retient sans cause soit obligé par l'équité à restituer. Un des moyens de retenir sans cause est, d'ailleurs, de retenir injustement ou pour une cause illégitime. De cette notion d'une origine très ancienne, comme le fait remarquer M. Girard, sortent les diverses *condictiones*, *condictiones sine causa*, *condictiones ob turpem vel injustam causam*, *condictiones causa data, causa non secuta*, dont l'application semble révéler au premier abord la définition de la cause dans les contrats. Lorsque s'adressant à des contrats, ces *condictiones* aboutissent à l'annulation des obligations qui les constituent, c'est non pas, parce que ces contrats sont sans cause, que ces obligations sont annulées, mais parce que l'enrichissement réalisé, la conservation de la valeur obtenue sous cette forme sont effectivement sans cause. Toutefois nous remarquerons, en analysant de plus près ces diverses *condictiones* que, si en principe, il en est ainsi, en fait on arrivait à cette application en faisant

intervenir involontairement l'intention des parties elles-mêmes et en dégageant la psychologie de cette intention.

La nécessité de corriger au contact de la réalité la rigidité des principes, devait se faire sentir surtout dans les *contrats* tels que la *stipulation* dont le formalisme intransigeant révèle davantage le caractère artificiel (1). Par la *stipulation*, en effet, la volonté qui cherche à se traduire juridiquement se trouve souvent trahie et faussée. Primus promet de restituer une somme d'argent que Secundus doit lui avoir confiée. En fait la *stipulation* a lieu avant la remise des deniers, ou pour une raison ou pour une autre, la remise des deniers ne se produit pas. Le droit, pourtant, retient les paroles prononcées, la promesse de Primus de restituer tel argent à Secundus ; les paroles, cette promesse sont limitées en quelque sorte à elles-mêmes, il faudra qu'elles produisent leur effet, brutal peut-être, mais inévitable, et le droit exige leur réalisation. Le prêteur intervient alors, qui, jugeant cette réalisation injuste, va fournir une exception susceptible de la paralyser. C'est l'exception « non numeratæ pecuniæ ». Désormais, Primus pourra dire à Secundus : « Je n'ai pas reçu d'argent, je ne vous restituerai rien ». Précisons ce dialogue : « Sans doute, je ne conteste pas

(1) Si nous insistons ici sur la raideur de la *stipulation*, nous pourrions aussi à un autre point de vue, en faire ressortir le caractère pratique, quoi qu'il y ait là une contradiction apparente. Nous renvoyons à cet égard aux belles « Etudes de Gide sur la novation », où tout ceci est admirablement mis en relief.

votre droit, il existe, il continue à exister, je suis le premier à le reconnaître, j'ai promis et je dois ; mais parce que si je vous payais, il y aurait là quelque chose d'injuste, vous vous enrichiriez sans cause, le prêteur me permet de résister à votre poursuite. » Puis, à l'exception *non numeratæ pecuniæ* se joint la *condictio sine causa*, grâce à laquelle non seulement je paralyse une poursuite possible, mais si la poursuite a réussi, si j'ai exécuté, je puis revenir sur mon exécution, et si elle n'a pas eu lieu, obtenir ma libération. Cette fois le droit lui-même résultant du contrat est atteint, l'obligation est en quelque sorte annulée ; le contrat sans doute est né, il a vécu juridiquement, mais désormais par la *condictio* il disparaît.

Pourquoi cette disparition ? et quel est le sens de la *condictio sine causa* ? Nous l'avons laissé pressentir, cette *condictio* est l'application de la théorie d'enrichissement sans cause, théorie générale et de nature essentiellement objective. Il ne faut pas qu'une valeur soit acquise et conservée sans cause, quel que soit d'ailleurs le prétexte juridique de cette acquisition ou de cette conservation (1). En théorie, pour faire jouer un principe semblable, il suffit de constater matériellement en quelque sorte, qu'une

(1) Cette idée, qui peut être répétée notamment en ce qui concerne le *mutuum*, a été développée en détail par A. Pernice, Labeo, 3, 1 ; elle a été indiquée également par Mommsen, Dr. pub., 1, p. 270, n° 1. M. Girard la reprend dans son *Manuel de droit romain*, p. 502, et p. 609 et 610.

valeur est entrée dans un patrimoine sans justification. Et en l'espèce, Secundus a reçu des deniers, sans que cette réception se légitime. La réception est sans cause, et nous n'avons pas en quelque sorte à pénétrer dans le contrat. Oui, sans doute, en théorie pure, en dégageant cette doctrine après coup pour ainsi dire, nous restons bien en dehors de tout domaine contractuel. Mais il semble que le jurisconsulte romain se soit introduit dans la convention en question, et qu'il ait senti que si la réception était sans cause, c'est que le contrat lui-même est sans cause. Il le dit au surplus en termes formels « quia promiseris sine causa ». Et c'est donc qu'il aperçoit derrière la prononciation des paroles sacramentelles, et la volonté qui s'oblige, et l'intention psychologique à laquelle cette volonté répond, en d'autres termes, ce mobile juridique, de nature spéciale que notre droit appellera la cause. Il faut, croyons-nous, laisser à cette analyse son imprécision ; la notion d'enrichissement sans cause, qui a priori se suffirait à elle-même, a conduit à cette pénétration plus intime du contrat, mais sans qu'on puisse dire cette pénétration très consciente d'elle-même, et sans qu'on puisse voir dans ce rapide aperçu autre chose peut-être qu'un pressentiment. Jamais, dans tous les cas, fût-ce dans ce cadre limité de la *stipulation*, une notion très nette de l'idée de cause, à plus forte raison jamais une théorie générale en ce qui la concerne. Retenons aussi que c'est à propos des contrats les plus formalistes, c'est-à-dire les plus éloignés d'une conception subjective, que cette

notion commence à se définir : pour découvrir en effet quelque principe nouveau, pousser à la limite l'affirmation contraire, constitue à coup sûr le procédé le plus efficace de réussite.

A l'autre extrémité du domaine contractuel, nous retrouvons, il est vrai, une apparition semblable, plus instructive même de la notion qui nous intéresse. Nous sommes en effet en dehors du contrat reconnu tel, en présence du simple pacte non muni d'action. En dehors des contrats formels et des contrats réels, le droit romain a fini par accorder une vertu juridique complète à certains contrats strictement consensuels, qui ont acquis, en quelque sorte par l'usage, comme une sorte de droit de cité. A l'exception de ces quelques contrats, les promesses échangées ne comptent pas aux yeux de la loi, soit qu'elle se préoccupe de faire respecter les engagements pris, soit qu'elle veuille donner à leur exécution une sorte de consécration officielle. La morale est seule offensée, lorsqu'il s'agit d'une simple manifestation de volonté unilatérale. Voici une promesse de prêt pure et simple, le promettant n'exécute pas ; le créancier ne subira aucune perte, il y aura seulement à regretter une volonté peu scrupuleuse. Mais, lorsque intervient une manifestation de volonté synallagmatique, la conséquence d'un pareil système choquera en apparence davantage. Titius a promis de donner sa maison à Sempronius, et Sempronius son fonds de terre à Titius. Titius exécute, mais Sempronius s'y refuse. Sempronius dès lors va s'enrichir sans cause,

d'où pour éviter semblable résultat, Titius aura, pour revenir sur son exécution la *condictio causa data, causa non secuta* (1). Cette *condictio* elle aussi a donc son origine dans la notion d'enrichissement sans cause, et cette notion paraît suffisante à expliquer ce résultat (2). Ce résultat, pratiquement du moins, va nous rapprocher du résultat obtenu par la théorie de la cause dans notre droit même et en face d'un contrat véritable.

Mais il est surtout remarquable qu'ici, la notion d'enrichissement sans cause réclamait logiquement qu'il soit tenu compte de cette liaison subjective de deux engagements l'un par rapport à l'autre, et que dès lors nous fassions un pas de plus dans l'élaboration de la théorie de la cause. Si en effet l'engagement est unilatéral, nous avons vu qu'au cas où il viendrait à être exécuté, il n'y aurait pas lieu à *condictio* : pourquoi ? Là aussi il devrait y avoir enrichissement sans cause, puisque la promesse ne compte pas aux yeux du droit. Dans l'espèce de deux engagements se faisant face l'un à l'autre, si l'on ne

(1) L'opposition des mots *ob rem* et *ob causam* est très bien marquée dans la loi 52, *de cond. in debiti*. « Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam præteritam, veluti cumi; deo do quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniæ non sit; ob rem vero datur ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. »

(2) C'est bien l'équité qui sert ici de fondement à cette *condictio*, comme nous avons vu qu'il en était de même pour la *condictio sine causa* : Voici en effet ce que dit Paul, I, 63, § 4, *de cond. in deb.* : « Quod ob rem datur, ex æquo et bono habet repetitionem, veluti si dem tibi ut aliquid facias, nec feceris. »

tenait pas compte du trait d'union subjectif qui les associe, qui fait du premier la condition du deuxième, qui établit entre eux la relation de causalité, la solution devrait être analogue ; ce serait comme deux engagements unilatéraux entièrement distincts. Ce qui établit cette différence, c'est que l'on remarque cette situation et qu'on s'en inspire.

Nous sommes sans doute en présence d'un contrat embryonnaire, d'un contrat qui tend à pénétrer dans le domaine juridique ; désormais, par cette *condictio* nous voyons qu'il y pénètre, car si l'on peut revenir sur son exécution, c'est bien que le droit l'a déjà en un certain sens accueilli ; et surtout, donner, à qui a exécuté, cette arme défensive, c'est lui permettre de façon indirecte d'obtenir exécution réciproque. Or nous arrivons précisément à ce résultat par la définition de l'idée de cause, en ce qui concerne la *condictio causa data*, pour nous beaucoup plus nette que la simple *condictio sine causa*. Et ceci mérite d'être remarqué ; dès l'instant où le véritable contrat consensuel apparaît, c'est-à-dire le contrat dont la volonté est le facteur exclusif et souverain, nous le voyons se définir avec tous les éléments constitutifs que notre droit réclamera pour lui, et plus spécialement la notion de cause ; n'est-ce pas affirmer la nécessité logique de cette idée complémentaire ? Mais là encore, plus près de la cause, nous en sommes loin cependant ; on peut dire au plus que cette idée s'ébauche, et que suivant en quelque sorte le nouveau contrat qu'elle contri-

bue à dégager, elle en est à la simple période de l'enfantement.

Ainsi se résume, semble-t-il, l'appui historique que Domat pourra demander au droit romain, en ce qui concerne l'existence de la cause : nous verrons que notre droit réclame pour tout contrat non seulement l'intervention d'une cause, mais d'une cause licite. A son tour, la *condictio ob turpem vel injustam causam* a-t-elle également préparé sa doctrine.

Nous avons indiqué plus haut que cette *condictio* comme les précédentes avait son origine dans l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire dans une notion extra-contractuelle. C'est une manière de s'enrichir sans cause que de s'enrichir pour une cause injuste ou immorale. Au début, ce principe fonctionne, nous l'avons vu, objectivement, en dehors de toute convention ; principe fécond qui va passer au contrôle de l'équité, tout ce que la logique inévitablement insuffisante ou trop brutale du droit officiel aura laissé vivre. Il suffira, comme l'on constatait qu'une valeur était conservée sans cause, que l'on remarque qu'elle était conservée pour une cause injuste, pour que la valeur puisse être retransférée aux mains qui l'ont laissée échapper. C'est une personne par exemple, qui s'est enrichie par un vol, d'une façon plus générale par un délit quelconque ; il s'agit d'atteindre sous cette forme un possesseur dont la détention se révèle ainsi illégitime. Puis cette notion s'élargit, elle trouve application dans le cas notamment d'une *datio*

•

en vue d'atteindre un but immoral. Une spécialisation s'établit et deux *condictiones* se dégagent (nous trouvons cette distinction affirmée dans le Digeste), l'une visant un enrichissement résultant d'un délit ou d'un acte immoral, l'autre faite en vue d'une cause future déshonorante (1). Et nous nous rapprochons ainsi du domaine d'application de la *condictio causa data, causa non secuta*. S'il est vrai que la *condictio causa data, causa non secuta* nous achemine vers l'idée de cause, tel que notre code civil la dégagera, la *condictio ob turpem vel injus-tam causam* achèvera de préparer cette notion, en y joignant le caractère d'illicéité qui accompagne notre conception actuelle. Sous les réserves, que nous avons expliquées sur la *condictio causa data, causa non secuta*, ce caractère d'illicéité conserve le souvenir très net de son origine. La *condictio ob turpem* reste une peine pour celui qu'elle atteint; la preuve en est que celui qui reçoit, l'*accipiens*, doit lui-même et lui seul être responsable de la turpitude (2). Nous verrons d'ailleurs notre droit, avant

(1) D. 12. 5. *De condictione ob turpem vel injustam causam*. Ses deux *condictiones* se rangent sous ces deux titres distincts au C., 4. *De condictione ob turpem causam*; 4. 9. *De cond. ex lege et sine causa vel injusta causa*.

(2) Trois cas, d'après Paul, doivent être distingués : 1^o Il y a turpitude des deux côtés : un juge a reçu de l'argent « ut male judicetur », l'auteur de la *datio* est privée de la *condictio ob rem dati*; 2^o Il y a turpitude du côté de celui qui donne, *a fortiori*, pas de *condictio ob rem dati*; 3^o La turpitude existe *a parte accipientis*. L'*accipiens* n'exécute pas, la *condictio ob rem dati* fonctionne bien entendu. Il exécute, le *tradens* a alors pour se faire restituer la chose,

d'aboutir à la nullité de l'opération de façon définitive, reproduire encore la même distinction.

Et en résumant ces quelques observations hâtives, nous pouvons conclure sans hésitation que nulle part le droit romain n'a dégagé de façon nette et consciente, fût-ce sous une forme limitée, une théorie de la cause : que, cependant, conduit par de simples principes d'équité, il a fini par en éprouver en quelque sorte la nécessité, que cette nécessité s'est fait sentir plus pressante à propos des véritables contrats consensuels, qu'il a été amené peu à peu à accueillir ; que dès lors il a prévu cette notion, ou qu'il en a eu dans certaines situations isolées comme le pressentiment ; que cette attitude, au surplus, à cet égard était, semble-t-il, inévitable, et parfaitement en accord avec sa conception des contrats en général ; qu'il appartiendra à un droit plus subjectif de traduire en principes, ce qui n'est alors qu'une vision instinctive, confuse, et pour ainsi dire particulière.

Nous verrons que la doctrine classique s'efforce d'établir entre la cause, et les motifs autres qu'un certain mobile soigneusement distingué des autres et compris sous ce nom, une barrière aussi rigoureuse que possible. En droit romain, indépendamment de cet effort que nous venons de résumer consistant à dégager la notion de cause, il est parfois question dans certains textes de la

cette *condictio* spéciale, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, qui n'intervient donc, que dans cette seule troisième hypothèse.

considération des motifs. En principe ces motifs n'importent pas, et n'ont pas de rôle dans le contrat ; dans deux exemples particuliers, il semble qu'il en soit tenu compte, en tant que l'erreur commise relativement à ces motifs permet d'annuler l'acte juridique. Paul suppose qu'un héritier, croyant à tort que le testateur lui avait ordonné de vendre tel immeuble, l'a vendu ; c'est un motif erroné qui l'a poussé à opérer cette vente. Pourra-t-il l'invoquer pour la faire tomber ? Oui, dit Paul, « sed si falso existimans se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest... Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur (1). »

Mais c'est surtout au point de vue de l'illicéité des motifs, qu'il importe de signaler ici l'institution juridique, qui a été le moyen intermédiaire d'établir la réserve que notre droit reconnaît.

A condition d'user d'exhérédation, s'il s'agit « d'heredes sui », et sans aucune autre espèce de limitation pour les autres héritiers, le de cujus peut par son testament instituer qui il lui plaît et dans la mesure qui lui convient ; cette liberté de donner est également entière en ce qui concerne les dispositions entre vifs. Pas de restriction objective, pas davantage au début de restriction subjective, en ce sens qu'il peut sous cette forme écarter qui il

(1) Paul, §. B. 1. de *Act. empt. et vend.*

veut, pour quelques motifs que ce soit. La *querela* (qui paraît dans ses premières origines dater de la fin de la République), a permis à ceux qui avaient été écartés injustement, de faire annuler ou de faire réduire (1) la disposition qui leur préjudicie, lorsque les motifs qui ont inspiré le de cujus ne sont pas « justes ». On scrute donc les motifs de cette disposition, on pénètre dans la psychologie de celui qui a disposé, et, pour une étude des motifs de la convention, c'est bien là une institution particulièrement remarquable. Quant au critérium auquel s'arrêter, pour définir l'« injustice » des mobiles, il a d'abord été laissé à la libre appréciation du juge ; Justinien, toutefois, en a donné une formule négative en énumérant quatorze causes pour les descendants, huit pour les ascendants, à raison desquelles le testateur pourrait justement exclure les légitimaires de la succession. Quoi qu'il en soit de cette réglementation, la *querela* marque en droit romain l'annonce de la notion d'abus de droit sur le terrain contractuel. Nous aurons l'occasion d'opposer avec plus de précision l'abus de droit et la cause

(1) *De faire annuler*, et c'est le résultat de la *querela inofficiosi testamenti* : *Testamentum ipso jure rescissum est*. Ulpien D., h. t. 8, 16. Toutefois si c'est là, la solution du droit classique, le droit bysantin décida que la *querela* serait écartée et que le légitimaire pourrait seulement demander le complément de sa part, quand le légitimaire n'avait pas sa part de façon complète : l'action permettant d'obtenir ce complément n'était pas la *querela* proprement dite, mais une action en supplément distincte. *De faire réduire*, et c'est plus spécialement l'effet général attaché à la *querela inofficiosi donationis, dotis*.

illicite ; en dehors de cette précision, il est important de retenir le progrès de la querela dans le sens d'un droit de plus en plus subjectif.

Ce ne sont là, en tout cas et en effet, que des affirmations isolées, égarées au milieu de doctrines contraires. Il ne faut pas de toutes manières s'en étonner ; très longtemps, avant qu'un principe n'apparaisse, on en trouve l'ébauche, la préparation inconsciente. Puis, peu à peu exprimé plus fréquemment, en des situations plus nombreuses, il s'étend et se généralise. C'est cette généralisation de toutes les indications ainsi recueillies que nous avons maintenant à examiner.

•

CHAPITRE II

LA CAUSE ET L'ANCIEN DROIT

Il est remarquable que l'origine véritable et avouée de la théorie de la cause se trouve dans le jurisconsulte philosophe pour ainsi dire que notre ancien droit nous présente. Dans son ouvrage « les lois civiles dans leur ordre naturel », Domat s'efforce de nous apporter un ensemble systématique et ordonné de tout le droit romain débarrassé de détails historiques, et il prétend définir une sorte de droit à valeur universelle. Il groupe dès lors les solutions isolées, en dégage la doctrine jusque-là confuse, inconsciente ; nous avons vu à plusieurs reprises dans le droit romain, que la notion de cause, au milieu d'un droit objectif, tendait à émerger. Synthétiser ces divers efforts, donner une formule à ce qui est imprécis, il semble qu'ainsi se définisse l'œuvre de Domat à cet égard. On s'est complu à parler de contre-sens commis par cet auteur ; s'il s'agissait de traduire littéralement le droit romain, ce serait peut-être une traduction insuffisamment fidèle, mais ordonnant, généralisant, comme c'est son but, il ajoutait nécessairement à ce qui

avait été admis. Il a vu une théorie, là où il n'y avait que des solutions isolées ; c'est un peu l'histoire de tout principe juridique ; notre jurisprudence nous en fournit d'innombrables exemples : au contact de la réalité, elle donne des solutions, sans en voir encore et le sens et la portée, et surtout leurs véritables raisons d'être ; puis la doctrine intervient, qui, groupant en un même système toutes ces solutions un peu confuses, leur cherche une formule et une justification théorique ; le magistrat, auquel on présentera cette formule et cette justification, s'étonnera peut-être de cette révélation de sa propre pensée, et à vrai dire il a indiscutablement raison, car entre la définition doctrinale et les affirmations jurisprudentielles, un progrès certain s'est produit.

En droit romain, nous l'avons vu, pas de théorie générale de la cause ; en quelques situations particulières cette notion perce et se devine ; et cela même est d'accord avec le droit tel qu'il se présentait à cette date. Nous avons noté que nous nous acheminions peu à peu vers un contrat où la volonté joue le rôle essentiel, et devient pour ainsi dire l'élément créateur ; et ceci même se marque dans cette gamme insensible : contrat formel, contrat réel, contrat consensuel, simple pacte. D'où la nécessité logique, en présence d'une pareille conception, de réfléter, par les effets juridiques du contrat, l'intention et les mobiles de la volonté : Et nous avons constaté en effet que c'était à propos surtout du contrat innomé, qui devient le contrat de la volonté se suffisant enfin à elle

seule, que la cause marquait plus nettement son apparition.

La classification d'ailleurs, à laquelle Domat s'adresse, pour nous définir la nature de cette notion de cause qu'il dégage de façon formelle, est précisément la classification de contrats innomés, contrats *do ut des facio ut facias*, *do ut facias*, *facio ut des* (1), où l'engagement de l'un a pour fondement l'engagement de l'autre. En regard de ces contrats, le contrat de donation, où il n'y a pas de réciprocité d'engagements, où la cause est d'ailleurs non pas l'esprit de libéralité, comme le prétendra l'école classique, mais bien « soit un service rendu, soit quelque mérite du donataire, ou le simple mérite de faire le bien (2) », et à cet égard, nous le verrons, Domat prépare la jurisprudence actuelle, contre laquelle les auteurs s'élèvent avec indignation. Il précise même cette distinction générale de contrats intéressés et de contrats

(1) « Les communications et les commerces pour l'usage des personnes et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de convention. Car ceux qui traitent ensemble ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans un échange (*aut do tibi, ut des*). Ou font quelque chose l'un pour l'autre (*facio ut facias*) comme s'ils se chargent de l'affaire l'un de l'autre. Ou bien l'un fait et l'autre donne (*facio ut des*) comme lorsqu'un mercenaire donne son travail pour un certain prix. Ou encore un seul fait ou donne, l'autre ne faisant (*do ut facias*) et ne donnant rien comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'un autre, ou que l'on fait une donation par pure libéralité ». Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. I, Sect. I, 4, t. I, p. 64.

(2) *Idem*, 6, t. I, p. 66.

désintéressés, et dégage la distinction qu'on se bornera à répéter après lui. Dans les contrats intéressés, où les deux obligations sont à naître, où l'une d'elles est déjà exécutée et l'exemple type de cette seconde subdivision, c'est le prêt (1).

Cette cause ainsi définie doit exister dans chaque contrat. « Dans les conventions où quelqu'un se trouve obligé sans aucune cause, l'obligation est nulle » et il en est de même si la cause vient à cesser. Voilà pour l'existence de la cause.

Auprès de l'existence de la cause, la fausseté de la cause « le contrat est nul également si la cause est fausse, c'est-à-dire s'il y a erreur sur un fait, qui a déterminé l'engagement ». De même en est-il, si l'ignorance ou l'erreur de droit a fait s'obliger.

Il faut remarquer combien est poussée cette analyse subjective; nous sommes bien en présence d'une volonté qui fait elle-même et elle seule le contrat; qu'on interroge scrupuleusement pour en traduire juridiquement l'intention véritable: la cause, c'est le mobile déterminant de cette volonté; et nous essayerons de nous souvenir de

(1) « Dans ces trois premières sortes de conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions mêmes où l'un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner, pour former la convention. Ainsi, l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions, au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la part de l'autre .. ». *Idem*, 5. t. I, p. 66.

ce que Domat nous exprime ici. Il est à noter aussi que Domat ne parle pas de cause illicite. Préoccupé avant tout de la souveraineté de la volonté, il est naturel qu'il n'en cherche pas aussitôt la limitation.

C'est à Pothier qu'il faut demander ce complément de la théorie de la cause, et désormais les articles 1131 et 1133 de notre Code civil seront entièrement rédigés. Avec Pothier d'ailleurs, nous assistons à un certain recul dans un sens objectif au point de vue de la définition de la cause. Pour lui, la cause dans les contrats intéressés (1) « c'est ce que l'autre partie donne et s'engage à donner ». (la confusion de l'objet et de la cause est entière), et nous perdons le bénéfice de la psychologie de Domat. Son intervention est plus intéressante au point de vue de l'illégalité de la cause, quoique là encore, il fasse œuvre de copiste et de mauvais copiste. C'est de la *condictio ob turpem vel injustam, causam* que nous avons analysée dans le droit romain, qu'il la dégage et avec le sens exact qu'elle avait alors. Le raisonnement qui semble résulter de l'article 1133 est le suivant, c'est que le droit s'interdit de connaître des conventions, dont la cause est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public; s'interdit de connaître, mais non pas à titre de peine (ce qui remarquons-le est un point de vue essentiellement romain). Pothier, traducteur consciencieux, conserve ce point de vue romain. Il convient de distinguer avant tout de quel côté

(1) Pothier, *Traité des obligations*, t. I, chap. I, VI, 42, p. 24.

provient l'illicéité. Celui qui n'a pas de reproches à se faire pourra répéter, s'il paie ; s'il y a turpitude de sa part, pas de répétition (1).

Désormais, dans tous les cas, tous les éléments importants sont réunis, et le Code civil est à cet égard entièrement rédigé. C'est de cette théorie de Domat et de Pothier, qu'il a tiré sa propre doctrine. Nous ne nous attarderons pas à l'analyse de travaux préparatoires, concernant cette inscription des articles qui l'expriment (2).

(1) « Observez, à l'égard de cette action, qu'on doit bien distinguer si la cause, pour laquelle on a promis quelque chose, blessait la justice ou les bonnes mœurs du côté seulement de la partie qui stipulait ou de la part des deux parties. Un exemple du premier cas est celui que nous venons de rapporter ci-dessus (une terre seigneuriale a été saisie réellement sur un débiteur et adjugée par décret : la partie saisie a une convention avec l'adjudicataire, qu'il lui donnerait une certaine somme pour qu'elle lui remit les titres) : Lorsque le saisi a stipulé une certaine somme de l'adjudicataire pour qu'il lui remette les titres, ce n'est que de la part du saisi que la justice est blessée ; l'adjudicataire n'a de son côté blessé ni la justice, ni les bonnes mœurs, en promettant cette somme pour avoir des titres dont il avait besoin, et qu'on ne voulait pas lui remettre sans cela. C'est dans ce cas, et dans les cas semblables qu'il y a lieu à la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention... » *Idem*, p. 25.

(2) Les différents projets présentés par Cambacérès, ne contiennent aucune des dispositions légales correspondant aux articles 1131 et 1133 :

Le premier projet parle de causes, mais dans le seul sens suivant : article 14. « Le contrat vicieux à raison de la matière est celui dans lequel il se trouve des causes contraires à l'honnêteté publique et à l'ordre social : les causes sont : 1^o la promesse d'une chose illicite, comme de commettre un délit ; 2^o le défaut de liberté ; 3^o l'erreur ; 4^o le dol ;

De cette analyse, nous n'aurions pas à dégager d'autres éclaircissements, et n'oublions pas que nous faisons ici l'histoire d'une idée, non de sa formule littérale. On nous reprochera sans doute de ne pas nous adresser à une érudition plus scrupuleuse. Encore une fois, nous ne demandons à cet historique, que la formation logique de notre position actuelle. Nous pouvons donc, dès à présent, examiner en elle-même l'idée de cause, telle qu'à l'apparition du Code civil, elle s'est décrite et imposée.

Le deuxième projet emploie également le mot cause dans une signification différente, article 144. « Les obligations peuvent avoir deux causes ; les conventions formées entre les parties et la loi ».

Il en est enfin de même dans le troisième projet : article 707. « Les obligations ont deux causes, les conventions, la loi ».

Ce n'est que dans le projet rédigé en l'an VIII, que nous voyons apparaître la cause, telle qu'elle nous intéresse.

Le livre III contenait un titre II, des contrats ou des obligations conventionnelles en général. L'article premier était ainsi conçu :

« Quatre conditions sont essentiellement requises pour la validité d'une convention, le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation »

La section IV précisait cette notion de cause :

Art. 28. — Il est libre aux parties de faire entre elles toutes les conventions qu'elles jugent à propos, pourvu que la convention n'ait point une cause illicite.

Art. 29. — La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs, ou contraire à l'ordre public.

Art. 30. — La cause illicite annule la convention. La convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Art. 31. — L'obligation sur une fausse cause est nulle.

CHAPITRE III

TÉORIE GÉNÉRALE DE LA CAUSE

Nous avons soin, au début de notre exposé de la cause en droit romain, de marquer l'accord de l'ensemble de ce droit, et de la méconnaissance de cette notion intentionnelle, et c'est une analyse en sens inverse, qu'il convient de faire ici.

Le contrat apparaît bien désormais comme l'œuvre exclusive de la volonté, et, soit qu'insensiblement le droit romain nous y ait conduit, soit que l'ancien droit ait préparé ou achevé cette évolution, c'est avant tout d'une conception de souveraineté de la volonté que notre Code civil est indiscutablement imprégné. Il est possible, nous le verrons, qu'une orientation nouvelle lui succède ; ces conclusions s'imposent de toute manière à cette date.

Banales ou non, elles ont besoin d'être précisées. Le contrat se définit par l'accord de deux volontés se répondant l'une à l'autre, c'est l'étendue de cet accord qui limite l'étendue des effets du contrat ; dans la mesure où il se porte sur tels et tels éléments, ces éléments du même coup prennent une couleur juridique, sont immédiate-

ment vivifiés en quelque sorte ; le caractère de la convention, son objet n'ont pas en principe d'autres sources de définition. C'est bien, au surplus, de l'accord réel, non apparent qu'il s'agit ; si une erreur intervient, c'est-à-dire si cet accord en fait ne s'est pas produit, le contrat ne se sera pas formé. On ne contreviendra à cette règle, qu'autant que les volontés, malgré cette erreur, auraient contracté quand même. Le critérium est l'erreur sur un élément déterminant ; il est difficile d'être plus rigoureusement conforme à une même doctrine (1).

Et alors que réellement, dans l'instant où le contrat est conclu, le rapport des deux volontés semble bien s'être réalisé, par un scrupule plus exigeant, le Code demande que le consentement prêté soit un consentement sincère, impartial en quelque sorte, qu'il s'agisse d'une volonté qui ait prononcé dans son intégrité et dans son indépendance absolue. Si elle a agi sous l'empire de la crainte, si grâce à des manœuvres frauduleuses, on l'a artificiellement déterminée, le contrat peut être annulé (2).

(1) L'article 1110 déclare « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet », et pour définir les qualités substantielles de la chose, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que ce sont les qualités, hors desquelles on n'aurait pas conclu.

Le même article ajoute : « Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de l'obligation ».

(2) Les articles 1114, 1112, 1113, 1116 relatifs à la violence et au dol, développent et précisent les principes que nous dégageons.

Ainsi, la volonté devient bien le centre et comme le noyau de l'organisme contractuel ; et à mettre en parallèle la vieille stipulation romaine et la conception de notre Code civil, on se rend compte qu'un long chemin a été parcouru (1). La volonté n'était que l'accessoire de la forme, la forme valait par elle-même, et nous avons assisté au renversement inévitable de pareil rapport. Aujourd'hui, la volonté recourt extérieurement à la forme, mais celle-ci n'a plus pour mission que de la traduire. Il faut que l'on soit averti de l'existence de cette volonté, afin que le droit puisse lui prêter son aide : parfois même, ce droit réclame que l'avertissement ait un caractère plus authentique, d'où encore certains contrats solennels ; en général il suffit d'une traduction simplement appréciable ; et, pour mieux marquer que cette expression reste bien en fonction de la volonté, l'article 1156 décide qu'il faudra, derrière les termes du contrat, rechercher avant tout la commune intention des parties.

C'est dans une conception semblable, à ce point scrupuleuse dans ce subjectivisme, que la notion de cause doit recevoir un accueil inévitable. Cette volonté, qui désormais elle seule fait le contrat, qu'on se préoccupe à ce point d'obtenir sincère et d'accord avec elle-même, qu'on recherche jusqu'en dehors de son expression, veut être définie non pas dans une sorte de découpage instantané

(1) Se reporter aux pages 1 et 2, où nous définissons la situation inverse du contrat ; c'est en effet cette opposition qu'il importe de placer en relief.

et trompeur, où elle se trouve nécessairement étriquée et mutilée, mais dans sa description, dans sa compréhension plus prolongée et plus instruite ; nous allons ainsi assister à cette introduction du mobile sur la scène juridique, désormais officielle et avouée, quitte à déterminer jusqu'à quelles limites cette extériorisation du mobile se produira.

La théorie de la cause prend, en effet, dans notre Code, le caractère d'une théorie véritablement générale, synthétisée en une formule, qui, pour n'avoir pas un sens définitif, a cependant trouvé son expression. Notre Code, en quelques articles groupés sous une même rubrique, analysant les conditions constitutives du contrat, après avoir mentionné l'objet, ajoute la notion de cause, en déclarant que « tout contrat doit avoir une cause, et une cause licite ». Ce n'est pas à vrai dire que tout soit désormais fini, mais plus exactement que tout commence ; et pour arriver à cette notion définitivement subjective que nous signalions, pour faire donner à sa formule la portée féconde ou dangereuse qu'elle trouvera, il y a toute une longue et patiente lutte à décrire.

D'abord, se dégagera ce que nous pourrions appeler la conception classique (1) de la cause. A peu de chose près,

(1) La conception classique se définit essentiellement par ces deux caractères limitatifs à l'égard l'un de l'autre, et il importe de les bien retenir pour la compréhension plus facile des développements qui vont suivre. La théorie du Code civil sur la cause élargit la notion de volonté, puisqu'elle fait intervenir sur la scène juridique, certains

nous retrouverons, à peine développé et modifié, ce que Domat et Pothier nous ont appris, eux-mêmes transposant des notions empruntées au droit romain. Indirectement, c'est bien le mobile que l'on met à jour dans le contrat, mais un mobile ou abstrait ou au contraire aussitôt objectivé dans un des autres éléments de la convention. Théoriquement, cette conception suppose de la part des jurisconsultes qui contribuent à la former, une analyse subjective intéressante pour des constatations d'ordre général, et permet au moins de conclure que les préoccupations s'affirment bien dans ce sens. Pratiquement, le résultat n'est guère appréciable, et ou cette conception fait double emploi avec la conception de l'objet par exemple, ou elle ne donne lieu qu'à une spéculation tout à fait désintéressée.

Aussi, peu à peu, la critique a essayé de ruiner ce système ; non pas qu'elle se soit placée à un point de vue général, niant qu'une étude du mobile pût pénétrer le domaine juridique ; mais, se limitant à la lettre même de cette théorie de la cause, telle qu'actuellement elle était définie, elle a cherché à en démontrer le caractère artificiel et surtout stérile.

mobiles qui n'étaient pas examinés jusque-là ; elle la limite à la fois, en donnant de ces mobiles une définition rigoureuse, qui écarte tous autres mobiles de la description juridique du contrat. Comme l'indique M. Saleilles dans son ouvrage sur la « Déclaration de volonté » : « la théorie de la cause constitue à la fois une atteinte et une garantie à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté ; elle en trace les limites, mais en même temps, elle marque comme une frontière infranchissable aux investigations du juge ».

Et, s'inspirant ou non de cette indication doctrinale, la pratique, et nous entendons ici la jurisprudence, a trouvé une attitude intermédiaire. Elle dégage la notion de cause de cette sorte de cristallisation scolastique, où la doctrine prudemment l'a enfermée ; ce n'est plus le mobile abstrait que l'on envisage, le mobile enfoncé en quelque sorte dans le contrat, inévitablement condamné à se confondre dès lors avec quelque autre élément constitutif de la convention, et insusceptible par là-même de recevoir la coloration particulière de chaque hypothèse pratique ; mais bien le mobile actif, individuel, et renouvelé avec chaque espèce de convention. Nous verrons, au surplus, que ce mobile intervient davantage aujourd'hui dans un sens social, c'est-à-dire que c'est, pour savoir si ce mobile n'est point contraire à l'ordre public, qu'on s'informe de son intention, à tel point que certaines législations ne l'envisagent que sous cet angle exclusif. Cette direction importe peu d'ailleurs ; il est normal que, suivant les tendances de telle ou telle législation, ces préoccupations subjectives puissent être utilisées dans un sens différent ; il n'en reste pas moins que la volonté est définie de façon plus profonde, et l'évolution, que nous décrivions, en fin de compte prolongée.

Théorie classique (1).

Quoique dans le détail peut-être, on en ait tiré des conséquences plus ou moins instructives, on a cherché à fournir de la cause une définition générale. Et cet effort a dégagé au plus trois formules qui, d'ailleurs, rentrent les unes dans les autres.

Je me suppose en présence d'un contrat de vente, par lequel j'achète à Pierre un cheval, contrat synallagmatique dont les obligations se servent réciproquement de cause. En l'espèce, mon obligation de verser la somme d'argent qui représente le prix, a pour cause l'obligation qu'a Pierre de me livrer son cheval. En réalité, je m'engage à cette livraison pour un très grand nombre de motifs, et pour arriver au contrat même, il y a toute une histoire psychologique à décrire. Ou bien un cheval que j'avais déjà est mort, que j'ai cru devoir remplacer — ou j'ai pris soudainement le goût de l'équitation — ou encore des circonstances d'une autre nature sont intervenues. Bref, ces diverses considérations m'ont amené peu à peu à me mettre en rapport avec celui qui me vend le cheval ; et à nouveau, une fois la rencontre opérée, d'autres motifs

(1) Pour définir ce que nous appelons la théorie classique, nous nous adressons surtout aux commentateurs immédiats du Code civil, et aux auteurs actuels, dont la doctrine peut être considérée comme officielle ; Toullier, Delvincourt, Duranton, Troplong, Demolombe, Demante, Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, etc...

se révéleront, qui me rapprocheront un peu plus de l'opération finale, la couleur du cheval offert, son aptitude à me rendre certains services, la vileté du prix ; mais en fin de compte ce qui me fera m'engager, ce qui me fera promettre la somme d'argent, et passer à l'acte juridique, c'est cette pensée qu'en échange de la somme d'argent, Pierre mon co-contractant s'engage à me livrer son cheval.

Et nous comprenons désormais les définitions fournies de la cause. La cause est présentée par certains comme le *but immédiat* (1), et c'est bien en effet le dernier motif que nous venons de rencontrer, celui qui dans le processus psychologique, par lequel doit passer le contractant ; conduit immédiatement, à la convention, c'est-à-dire à l'échange des promesses de droit.

Remarquons-le en outre, ce but immédiat est infailliblement celui qui pour ainsi dire déclanche le ressort de la volonté. « détermine » le consentement d'où cette autre définition de la cause, *mobile déterminant* (2), qui reproduit la précédente, sauf que, dans la précédente, on se borne à des préoccupations descriptives, et que, dans la seconde, on se place à un point de vue logique ou causal.

(1) Cette définition de la cause « but direct et immédiat » est donnée spécialement par Demolombe et par Demante.

(2) Nous trouvons cette formule particulièrement chez Delvincourt et chez Toullier ; depuis eux, d'ailleurs, elle a été reprise avec moins de netteté toutefois ; elle semble se dégager plus ou moins consciemment chez la plupart des auteurs. Nous verrons que la jurisprudence elle-même, dans ses tentatives d'élargissement, emprunte à ce mot « déterminant » le critère qui arrête l'investigation du juge.

Ce mobile donc, qui introduit et engage le contrat, ne peut s'en séparer, parce que précisément il en fait partie intégrante ; le contrat, en effet, commence avec lui, et rien que de normal à proclamer qu'avec lui la volonté devient juridique et est entrée dans le domaine du droit. Il nous suffit, d'ailleurs, d'arrêter notre attention sur ce mobile ainsi distingué des autres, pour sentir combien il est enfoncé dans la convention, à tel point qu'il reflète sa nature, qu'il varie avec ses types distincts, que pour le découvrir, il nous suffit de connaître à quel genre de contrats nous nous adressons. Les autres mobiles individuels, indépendants du contrat envisagé théoriquement, insusceptibles d'en modifier le caractère, différents avec chaque réalité nouvelle, y sont par là-même étrangers ; ils intéressent celui-là seul qui s'engage, ils ne peuvent être connus en dehors de lui, ils ne sauraient prétendre à une signification juridique quelconque ; le contrat est parfait avec le mobile qui s'appelle cause, et c'est, pour exprimer ce rôle de la cause plus que sa nature, qu'on a songé à cette troisième définition un peu naïve, si ce n'est qu'elle reconnaît que la cause est un mobile, *mobile juridiquement suffisant* (1).

Et ces définitions générales nous conduisent à une précision plus nuancée ; nous venons de le noter avec une certaine insistance, la cause est le mobile (2) théorique

(1) Cette troisième formule est employée par Aubry et Rau, liv. IV, p. 546.

(2) Dans les trois définitions que nous avons retenues, et entre les-

abstrait, qui tient à la nature du contrat, qui participe dès lors aux classifications qu'on en peut établir. Le contrat est, disions-nous, l'œuvre de la volonté et de la volonté seule ; de l'ancienne classification romaine, il semble donc que subsistent uniquement les contrats consensuels, que par conséquent il n'y ait d'autres catégories à définir que celles de toutes les espèces possibles, de toutes les fantaisies pour ainsi dire, avec la seule barrière de l'ordre public. Cependant, des cadres nouveaux ont remplacé les cadres anciens, qui à vrai dire s'inspirent bien de ce point de vue, s'efforcent d'interpréter avant tout la volonté, se dégagent exclusivement de sa seule psychologie, mais qui, une fois formés, n'en arrêtent, n'en cataloguent pas moins a priori une volonté qu'ils ont traduite d'avance, et de façon abstraite. Si bien que les jurisconsultes, oubliant bientôt leur point de départ, donnent à ces cadres une fixité rigide, une valeur absolue, indéformable, croient à une essence rationnelle du contrat, et reportent à cette définition le respect superstitieux, qu'ils attachaient auparavant aux rites solennels, considérés alors comme la source exclusive de toute vertu juridique.

quelles les auteurs classiques hésitent en général, il importe de remarquer que la cause est bien toujours un mobile, un élément d'ordre subjectif, et, si dans le détail, ces auteurs ont une tendance à rapprocher pratiquement la cause de l'objet, leur doctrine n'en reste pas moins très nettement inspirée par des préoccupations psychologiques.

Et c'est ainsi que, notamment, la grande division de contrats à titre gratuit et de contrats à titre onéreux domine toute étude de ces contrats, (nous avons vu que Domat se sert de la dénomination de contrats intéressés et de contrats désintéressés); le contrat à titre onéreux est celui où chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre, le contrat à titre gratuit, celui où l'une seule des deux parties procure à l'autre un avantage sans en rien recevoir en échange; définition, on le voit, imparfaite, provisoire, et qui, impatiente de décrire l'attitude de la volonté dans son caractère objectif, risque déjà d'en mutiler l'intention.

Dans les contrats à titre onéreux, le motif de l'obligation de chacun des contractants, le « pourquoi » il s'engage se trouve être, et de définition en quelque sorte, (il n'y avait pas grande ingéniosité à le déduire), la considération de la contrepartie déjà réalisée ou à obtenir; c'est la loi d'échange, plus ou moins complexe, plus ou moins nuancée, qui gouverne toute opération semblable; et il suffit ici d'une psychologie élémentaire pour comprendre, que le motif d'apparence qui a guidé le contractant, c'est cette pensée d'intérêt ou de compensation qui l'exprime. Par contre, dans le contrat à titre gratuit, il semble, également à une analyse rapide, que le contractant n'ait été déterminé par aucune idée de profit à mériter ou à légitimer, qu'il n'ait été guidé que par une disposition généreuse, et, suivant la formule de cette théorie classique, par le seul esprit de bienfaisance.

Mais, cette première division, une fois obtenue, conduit à une distinction nouvelle, que nous annonçons par la formule même dont nous nous servions plus haut ; dans le contrat à titre onéreux, disions-nous, la cause est alors la considération de la contrepartie déjà réalisée ou à obtenir. Et en effet, pratiquement, objectivement, un contrat à titre onéreux pourra se présenter sous deux aspects distincts. Ou les deux prestations au moment du contrat seront à échanger l'une et l'autre, ou les circonstances auront fait que la première par anticipation aura été délivrée avant le contrat, ou sera livrée dans l'instant même de la convention. Correspondant par exemple à cette seconde situation, le contrat de prêt, que son rattachement historique au *mutum* romain, fait même souvent considérer et appeler un contrat réel, aura pour cause la prestation effectuée à titre de dépôt. Mais ce n'est là que l'application objective d'un même critère.

Et nous avons ainsi les trois types de contrats, auxquels correspondent les trois types de causes, qui en forment l'inévitable déduction, Pour décrire plus complètement la doctrine classique, arrêtons-nous plus longtemps sur chacune d'elles.

1. Contrats à titre onéreux synallagmatiques.

Nous venons de voir que la cause est ici la considération de l'obligation correspondante (1). Exemple : contrat

(1) Nous disons : la cause est la considération de l'obligation cor-

de vente : la cause de mon obligation de payer le prix est la considération de l'obligation de Pierre de me livrer son cheval. Contrat de louage : la cause de mon obligation de payer le terme, est la considération de l'obligation du preneur de me délivrer la jouissance de la chose ; et la formule peut ainsi s'appliquer indéfiniment.

C'est à propos de ce contrat synallagmatique embryonnaire que nous avons vu apparaître en droit romain la *condictio causa data, causa non secuta*. Ici nous partions bien d'une notion strictement objective, la notion d'enrichissement sans cause, pour établir la dépendance juridique des deux obligations en présence, et c'est parce l'une en fait s'était réalisée sans l'autre, qu'un enrichissement sans cause se révélait. Mais ce point de départ objectif obligeait inévitablement à découvrir et à préciser la psychologie intérieure du contrat.

Domat, qui se sert de la formule même des contrats innomés, *do ut des*, — *do ut facias*, — *facio ut facias* — *facio ut des* (1) exprime dans ce schème classique cette structure subjective, où la liaison psychologique des obligations est en quelque sorte mise à nu.

La cause de ce contrat synallagmatique, c'est bien le

respondante, et non seulement l'obligation correspondante : sans doute la formule généralement employée est : « la cause est l'obligation correspondante », mais l'intention évidente des auteurs qui abrègent cette formule, est de l'employer tout entière. La thèse de Colin sur la cause des obligations conventionnelles expose très exactement ce point de vue.

(1) Voir page 11, note 1.

« ut », le mobile auquel chaque contractant se réfère : mobile immédiat, nous l'avons vu tout à l'heure, car c'est dans les mobiles — par lesquels on peut passer dans l'inventaire à établir des mobiles du contractant — celui qui directement fait qu'on entre dans le contrat et qu'on s'engage. Ce n'est pas, parce que j'ai besoin d'un cheval; que je me lie à Pierre, et que mon obligation est née; ce n'est pas, parce que même le cheval de Pierre peut me satisfaire, que j'ai à ma charge l'obligation de lui verser une somme d'argent; il ne viendra à personne l'idée d'établir entre ces deux attitudes une causalité inévitable; mais c'est parce que Pierre s'engage à me livrer son cheval, que moi-même je me trouve pris en quelque sorte dans la convention. Poser l'une de ces affirmations, c'est entraîner l'autre, sans qu'il soit besoin de faire appel à aucun nouvel intermédiaire; — mobile déterminant, nous l'avons expliqué déjà; — mobile qu'il est aisé de reconnaître, dès qu'on en sait la formule, qui, dans tout contrat synallagmatique, peut être découvert de façon théorique (il suffit de se reporter à l'obligation qui fait vis-à-vis à celle qu'il s'agit de causer); mobile dont le caractère particulier est connu des deux parties, et de toute personne qui envisage le contrat officiel, sans recherche intime, indiscrete de l'état d'âme de qui conclut.

2. Contrats à titre onéreux unilatéraux.

Pierre a déposé chez moi une somme d'argent, et de ce chef je me trouve obligé à la restituer, la cause de mon obligation sera dans ce cas la réception de la somme d'argent. Au lieu que deux obligations soient à naître dans l'avenir, l'une se réalise avec la convention, et l'autre se dégage de cette réalisation même.

C'est le contrat réel du droit romain, l'ancien *mutuum* que nous retrouvons à peine modifié ; ce qui faisait naître l'obligation adverse, ce n'était pas la volonté de la dégager, ce n'était pas non plus le rite solennel accompli dans le *mutuum*, mais quelque chose d'intermédiaire entre le caractère solennel et consensuel ; c'était à la fois le geste et l'intention, le geste d'accord avec l'intention, la volonté s'objectivant, se réalisant déjà.

Nous avons en partie conservé cette ancienne doctrine, ou plutôt les auteurs se servent encore de ce mot de contrat réel ; dans tous les cas, dès l'instant où l'autre partie a réalisé en effet son obligation, l'obligation n'ayant pas eu le temps pour ainsi dire de se distinguer de cette réalisation, c'est, bien qu'il s'agisse du même procédé ou de la même formule, la considération de cette réalisation qui représentera le mobile déterminant, en d'autres termes la cause.

Là encore, nous retrouvons tous les caractères généraux attachés à la cause par la théorie classique ; mobile

abstrait, en ce sens, qu'une fois admis qu'il s'agit d'un contrat réel, on sait immédiatement où chercher la cause ; il n'est pas davantage besoin pour la décrire, d'entrer dans la psychologie du contractant, et c'est là, qu'elle se trouve, de définition même, le plus infailliblement extériorisée.

3. Contrats à titre gratuit.

Dans le contrat à titre onéreux, le mobile constitutif, qui engage le contractant, apparaît, nous venons de le voir, comme celui qui explique, qui organise la convention ; il s'agit d'obtenir ou de mériter l'avantage auquel on tend. Dans le contrat à titre gratuit, extérieurement rien de semblable ; pas de contre-partie, la volonté qui s'engage n'est pas sollicitée par le moindre échange à opérer, elle donne en apparence pour donner ; dès lors, on exprime cela en disant qu'elle obéit à l'esprit de bienfaisance ou de générosité ; l'esprit de bienfaisance ou de générosité sans autre précision, sans notamment qu'on s'inquiète de savoir quelle considération plus spéciale a fait mouvoir cet esprit abstrait de bienfaisance ou de générosité. Cette définition purement théorique, limitée à dessein à une formule aussi spéculative, est-ce à quoi s'attache le plus scrupuleusement la véritable théorie classique.

Déjà cependant le droit romain, se demandant à quel motif le donateur avait coutume de répondre, non pas d'ailleurs pour attacher une signification à ce motif,

mais de façon purement incidente, exprimait cette opinion : « non sine causa obveniunt donationes, sed ab meritum aliquod ».

Nous avons indiqué que Domat voyait la cause de la donation soit dans un service rendu, soit dans quelque mérite du donataire, soit sur le simple désir de faire le bien (1). Nous avons vu aussi qu'avec Pothier nous perdions le bénéfice de cette psychologie, et que la cause se formulait uniquement dans l'esprit de libéralité, sans autre souci de nuance. Depuis, la doctrine a fidèlement recouvert ce point de vue et répète sans se lasser, qu'il ne faut pas confondre les motifs avec la cause, et que le seul moyen d'éviter la confusion est de s'en tenir à la définition de Pothier. C'est de ce côté que la jurisprudence a, nous le verrons plus loin, le plus entamé la théorie classique, et c'est par cette brèche qu'elle introduira sans doute une rénovation plus générale.

Tels sont donc les trois types de contrats, et partant les trois types de causes.

4. Règles de la Cause.

Le code, dans ses articles 1108 et suivants, déclare que tout contrat doit avoir une cause et une cause licite, et que cette cause ne doit pas être une cause fausse.

a) *Tout contrat doit avoir une cause*, et par ce que

(1) Voir page 11, note 2.

nous venons de voir, ces règles seront rapidement examinées. Il est parlé d'abord de façon très nette dans notre code d'absence de cause et de fausse cause(1). Et cette distinction a soulevé les discussions les plus ardues, dans le détail desquelles nous éviterons de nous égarer(2). Nous cherchons ici à dégager la doctrine classique de la cause dans ses caractères généraux, autant que possible d'accord et logique avec elle-même, et ce que nous essayons de retracer c'est l'évolution d'ensemble d'une notion dont l'histoire peut être instructive à parcourir, et il importe de ne point délaissier ce point de vue. Nous venons de le décrire avec assez de minutie, la cause est, dans quelque contrat qu'elle se définisse, le mobile essentiel, auquel a obéi le contractant (3); il est

(1) Art. 1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite...

(2) Un grand nombre d'auteurs ont essayé de nier toute distinction entre l'absence de cause et la fausse cause, et de façon générale tous ceux qui oublient dans les applications de la notion de cause son caractère subjectif; Pothier déclare « lorsqu'un engagement n'a aucune cause ou ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté est une cause fausse ». Delvincourt répète la même formule. Mourlon fait une remarque identique t. II, n° 1103. D'autres comme Demolombe, Colmet de Santerre, Baudry-Lacantinerie, croient pouvoir trouver en dehors des cas ordinaires où la cause est fausse, certains cas où il y aurait absence de cause, tels que la vente d'une récolte future alors qu'il n'y a pas de récolte, ou les hypothèses d'obligations successives.

(3) La distinction de l'absence et de la fausseté de la cause fait ressortir la nécessité inévitable où l'on se trouve de voir dans toute cause un mobile. Si la cause s'analysait par un élément objectif, et

entendu qu'après l'avoir défini une fois pour toutes, malgré soi, dans les exemples particuliers où on la précise, oubliant ou sous-entendant qu'il s'agit d'une notion intentionnelle, on s'arrête à son caractère objectif, l'on dit dans le contrat synallagmatique : la cause de chaque obligation est l'obligation correspondante ; dans le contrat réel, c'est la prestation reçue ; la théorie rigoureuse qui se surveille et prononce tous les mots nécessaires dit : « dans le contrat synallagmatique, la cause est la considération de l'obligation correspondante — dans le contrat réel la cause est la considération de la prestation reçue ».

Un exemple indiscutable d'absence de cause, pour cette doctrine scrupuleuse de la cause, est celui du contrat passé par le fou, lequel peut à vrai dire donner un consentement, passer une donation, vouloir l'acte qu'il signe, mais sans qu'il y ait derrière cet acte fût-ce cet esprit de bienfaisance général, dont nous chercherons dans quelques instants d'ailleurs le caractère plus particulier.

non par le lien d'un sujet et d'un objet, par un élément psychologique, on ne pourrait concevoir cette double notion. Il ne serait parlé que d'absence de cause, il y aurait impossibilité de se figurer une cause fausse. L'idée de cause fausse ne peut logiquement apparaître qu'en faisant de la cause un mobile. C'est ce que la plupart des auteurs expriment inconsciemment, en considérant dans les exemples que nous citerons plus loin des fausses causes, sans pouvoir indiquer d'applications pratiques d'absence de cause.

Ce point de vue d'ailleurs a été très exactement mis en relief par M. Colin dans sa thèse de doctorat, théorie de la cause des obligations conventionnelles, cité plus haut.

On a songé, et toujours en restant conforme à la théorie rigoureuse, à trouver d'autres cas d'application de l'absence de cause. MM. Aubry et Rau, M. Brissaud, M. Daufresne, en parlant les uns de cause insuffisante (1), les autres d'erreur de droit (2), tendent plus ou moins consciemment à cette même idée. La cause n'est en effet pas qu'un mobile quelconque, nous l'avons vu, mais un certain mobile qui d'avance, dans tel ou tel contrat, doit présenter tel caractère ; or il se peut que, passant une convention, je ne sois pas guidé par le mobile considéré pour cette convention comme le mobile juridiquement suffisant. Un exemple fait parfaitement saisir cette distinction ; je m'oblige pour éteindre une obligation morale préexistante, et je me contente pour cela des formes du contrat à titre onéreux, croyant passer en effet un contrat à titre onéreux. Or l'extinction d'une obligation morale préexistante ne peut jouer le rôle de cause suffisante d'un contrat à titre onéreux, de contrepartie destinée à contrebalancer la naissance de mon obligation nouvelle ; il y a erreur de droit à cet égard ; et il semble bien que les expressions employées soient exactes.

Mais, remarquons-le, si la cause est insuffisante pour qu'il y ait contrat à titre onéreux, elle suffit pour le contrat à titre gratuit ; le contrat est en l'espèce une donation ; les formes n'en ont pas été observées, soit, et le contrat

(1) Aubry et Rau, IV, p. 345.

(2) Brissaud, thèse p. 85-86 (2^e partie), Daufresne, thèse (Paris, 1854) n^o 110-127).

peut être annulé pour cette raison ; il ne le sera pas sous prétexte d'absence de cause. Et cet exemple n'est pas particulier, toute autre hypothèse est nécessairement semblable. Une cause insuffisante pour le contrat intéressé, suffit au contrat désintéressé.

Si bien que nous ne voyons guère que l'exemple cité plus haut qui puisse représenter pour la théorie classique, l'absence de cause (1).

b) *Le contrat ne doit pas avoir une cause fausse.* — La cause sera fausse toutes les fois que le mobile constitutif de l'obligation ne se sera pas réalisé ; la formule est changée, et d'évidence. La personne qui conclut est bien cette fois guidée par un mobile, et un mobile qui présente tous les caractères exigés pour la définition de la cause, il s'engage par considération par exemple de l'argent qui lui sera payé, de la contrepartie qui lui sera livrée, mais il se trouvera pour une raison ou pour une autre, que cet argent, que cette contrepartie ne lui seront pas livrés, que l'obligation qui fait vis-à-vis à la sienne ne prendra pas naissance.

Que tel soit exactement le sens auquel le code dans sa

(1) La vente d'une récolte future, alors que la récolte ne se produit pas, nous paraît incontestablement représenter un exemple de cause fausse. Primus s'engage en considération de l'obligation de secundus de lui livrer cette récolte ; il est guidé par un mobile, dont on ne peut nier l'existence, mais ce mobile ne se réalisera pas, ce qui est la définition même de la fausse cause. La situation est identique pour le cas d'obligations successives. Et nous restons bien en présence du seul exemple que nous avons mentionné.

rédaction des articles 1108, 1113 et 1114 ait entendu se référer, que les auteurs qui le commentent aussitôt après son apparition, arrivent à cette conclusion, peu importe ; nous dégageons ici la véritable théorie classique de la cause, celle qui inconsciemment, sinon littéralement, est à cette date unanimement exprimée.

Et les exemples le plus fréquemment donnés sont les suivants :

Je croyais vous devoir 10.000 francs légués par le testament de mon père ; et au lieu des 10.000 francs en question, je m'engage à vous donner en paiement un certain héritage ; une novation intervient entre nous, par laquelle se trouve éteinte mon obligation préexistante, et déterminée cette obligation nouvelle de vous livrer cet héritage. Puis on découvre après coup un codicille qui révoque le testament initial. Avec ce testament disparaît l'obligation qui m'a fait conclure l'obligation nouvelle. Je m'étais engagé en considération de l'obligation première ; cette obligation première n'existait pas ; il y avait donc fausse cause. Cet exemple classique, on peut le dire, se trouve déjà indiqué par Pothier (1).

J'achète une maison incendiée ; mon obligation de payer l'argent a pour cause l'obligation qu'a le vendeur de me livrer la maison. Cette obligation elle-même est nulle pour défaut d'objet ; je me suis engagé pour une

(1) Cet exemple est d'ailleurs reproduit fidèlement après lui presque par tous les auteurs.

cause fausse. Il peut s'agir au lieu de vente, d'une hypothèse de louage ; pour une raison ou pour une autre il y a impossibilité de livrer la jouissance de la chose ; la conclusion est identique.

Cette hypothèse ingénieuse, indiquée par Toullier, mérite d'être signalée : des billets avaient été souscrits pour cause apparente de prêt ; un acte séparé reconnaît que c'était pour cause de vol. Le débiteur, poursuivi pour vol, avait été acquitté ; la cause de son obligation étant un vol, et le vol n'existant pas, son obligation devenait donc sans cause ou plus exactement le prétendu débiteur s'était engagé sur fausse cause.

Antérieurement à la loi de 1872 sur le recrutement, des contrats étaient passés avec des sociétés d'assurances mutuelles, dans le but de faciliter aux assurés l'exonération du service militaire ; la loi de 1872 imposant le service militaire personnel, rendait désormais impossible l'exécution des engagements de ces assurances ; les obligations des assurés avaient par là même une cause fausse. Et se rapprochant pratiquement de cet exemple, on peut dire que les articles 731 et 1130 qui prohibent les pactes sur successions futures, l'ordonnance du 23 février 1837 prohibant certaines armes, les lois du 4 avril 1789 et du 6 octobre 1791 ayant eu pour but de prohiber la vénalité des offices ont multiplié les cas d'application de fausseté de la cause.

Le brevet d'invention, dans le cas où l'invention est reconnue non brevetable, a été souvent cité dans le même sens.

Comme exemple de contrats unilatéraux réels, le prêt fait d'une chose par une personne qui n'en est pas propriétaire ; la constitution d'une servitude sur un terrain dont le constituant n'a pas non plus la propriété donnent lieu aux mêmes objections.

c) *Le contrat ne doit pas avoir de cause illicite.*— Nous venons de voir jusqu'ici le point de vue individuel de la théorie de la cause ; il y a parallèlement un aspect social. Le droit met au jour dans le contrat certains mobiles, dont il tient compte, nous venons de le voir, pour dire que ces mobiles doivent se réaliser effectivement, et que la volonté, non pas limitée à l'acte final qui l'exprime, mais étendue au moment immédiatement antérieur qui précède cet acte final, doit se traduire, dans l'œuvre de fait, qu'elle tend à produire. Nous allons voir maintenant qu'il s'en inquiète aussi, pour défendre la société contre cette volonté définie de la même manière, et rien au surplus de plus logique et de plus juste. Etendre la définition de la volonté, c'est l'étendre à tous égards, vis-à-vis de tous principes déjà dégagés. Il faut respecter la volonté, il faut défendre contre elle l'ordre public, ces deux règles étaient jusque-là admises ; on se borne, dès l'instant où la notion de volonté s'élargit, à étirer en quelque sorte jusqu'à ses dimensions nouvelles, les lois anciennes qui s'établissaient en fonction d'elle.

C'est là disons-nous l'aspect social de la théorie de la cause, car la définition de l'illicéité est uniquement tirée de ce point de vue social. « La cause est illicite, quand

elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Le droit romain parlait déjà nous l'avons vu d'une *condictio* « *ob turpem vel injustam causam* ». « *Injusta* » prend la place du mot « loi », « turpis » a été traduit par « contraire aux bonnes mœurs ». Pas alors de notion d'ordre public (1).

La loi, c'est l'expression officielle, publique de l'aspect social.

Les bonnes mœurs ne représentent pas davantage un idéal de moralité privée, mais bien de moralité collective, la norme acceptée de tous, ou plutôt d'une majorité de fait, affirmée par des usages ayant cours. Le juge doit prendre en quelque sorte à cet égard la température de cette moralité sociale ; et ce que peut au plus le jurisconsulte, c'est constater historiquement ses attitudes successives.

Le droit romain nous présente comme exemples de turpitude, le fait pour le juge d'accepter une rémunération contre une décision favorable, la convention par laquelle un voleur promet une somme d'argent « *ne prode-retur* » (2) le fait que, « *deprehensus in adulterio, se redemit* » ; — la longue discussion, à laquelle on s'est livré au sujet du salaire de la courtisane est également instructive

(1) Pothier définit la cause illicite, la cause contraire « à la justice, à la bonne foi, aux bonnes mœurs ».

(2) Ulpien, I, 4 pr., pr. et S. I, h. t.

pour l'histoire des mœurs à cette date. Il y a acte honneux pour Ulpien à donner à une courtisane pour la payer de ses complaisances ; mais la courtisane peut recevoir sans amoralité, dès l'instant où elle est courtisane (1). Il est difficile de mieux saisir, dans le moment où l'idée morale se dégage, le caractère de pur fait qui la constitue. L'acte est le même de part et d'autre, mais d'un côté il y a la défense sociale encore maintenue ; du côté adverse, cette défense sociale est déjà entamée, parce qu'une attitude contraire, longtemps affirmée, s'est ainsi légitimée par cela seul.

Nous n'avons pas beaucoup varié dans nos prohibitions morales à cet égard, nous retrouvons en partie les mêmes préoccupations, peut-être un peu plus exigeantes ; sur certains points, des idées économiques nouvelles ont élargi la notion d'illicéité.

Les contrats relatifs à des maisons de tolérance, les conventions par lesquelles on rémunère des relations complaisantes sont annulés en ce sens que le droit s'interdit de les reconnaître ; la distinction, que certains auteurs de droit romain faisaient, ne peut ici se reproduire, car, nous le verrons plus loin, il n'y a pas à envisager séparément l'attitude de chaque contractant.

(1) Ulpien, 4, S. 2. D., *de cond. ob turp. vel inj. caus.* « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt ; sed nova ratione, non ex quod utrius que turpitudine versatur, sed solius dantis : illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix ».

La notion familiale reste, dans tous les cas, aussi scrupuleusement défendue, et l'hypothèse du « courtage matrimonial » a donné l'occasion de montrer dans cette défense plus de rigueur encore ; longtemps, la jurisprudence a annulé les contrats, par lesquels une personne intermédiaire veut faire rémunérer les services qui préparent les rapprochements de famille et organisent les unions à venir. Il est contraire à l'idée normale de la famille, que son apparition dépende du seul intérêt pécuniaire d'un étranger, qui cherche son avantage exclusif, il y a là un danger que l'on ne peut accueillir sans menace contre l'institution matrimoniale (1).

C'est aussi, sur autre terrain, ce besoin de maintenir dans la définition normale des rapports sociaux d'une autre nature, qu'on a annulé ce qu'on appelle les « contrats de claque ». Une œuvre est livrée au public, qui impartialement, selon son goût ou ses exigences, l'appréciera ou la condamnera. La convention, qui par une promesse pécuniaire empêchera cette impartialité et produira un

(1) Nous pouvons citer plus spécialement les décisions suivantes : Paris, 8 février 1862 (S. 62. 2. 377) ; Nancy, 22 juin 68 (S. 68. 2. 270) ; Paris, 84 (S. 84. 2. 132) ; Nîmes, 84 (S. 84 2 109).

Nous verrons plus loin qu'une distinction est souvent établie ; s'agit-il de payer les démarches faites, les dépenses matérielles occasionnées par la préparation de l'union projetée ? la rémunération qui y correspond est légitime — et ce n'est que pour l'autre partie du paiement que le contrat est annulé.

Toutefois, fût-ce en ce qui concerne la validité de la convention toute entière, une tendance, encore assez imprécise il est vrai, commence à se dessiner, qui valide l'opération dans l'ensemble.

succès mensonger, ne peut être acceptée par la justice (1).

Et l'énumération peut se poursuivre, qui n'apporterait pas d'éléments nouveaux à l'idée qui nous intéresse ; cette moralité courante, nous n'avons pas encore une fois à la fixer ici ; elle évolue, elle se transforme, la loi d'avance, qui cherche à durer quelques siècles, ne peut donner de critérium au juge ; le juge doit s'enquérir, au moment où

(1) Toutefois à ce point de vue encore, un revirement paraît se produire, qui indiquerait un arrêt de la Cour de Paris, du 5 avril 1900 (D. 1903, 2. 280).

« Considérant qu'aucune loi ne prohibe un contrat comme celui qui fait l'objet du litige, et qu'une convention comme celle dont il s'agit, ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ; — Considérant en effet, en ce qui touche l'ordre public, qu'il est constant que la claque existe dans presque tous les théâtres, et que l'administration, et à Paris, le préfet de police, ne se sont pas opposés à l'organisation de ce service spécial, qui fonctionne sous la surveillance des agents de l'autorité, qui aurait le droit incontestable de le supprimer s'il constituait un danger pour l'ordre public ; — Considérant que la claque ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et portant atteinte à la libre appréciation des spectateurs ; qu'il est reconnu que, pour les interprètes des œuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion et les difficultés inhérentes à la représentation, devant le public, d'ouvrages nécessitant l'emploi de toutes leurs forces et de tout leur talent, pour lesquels ils doivent être en pleine possession de tous leurs moyens ; qu'en outre, les applaudissements, se produisant à certains moments, donnent aux acteurs quelques instants d'un repos indispensable, au moment où cet arrêt dans l'exécution ne peut produire aucun mauvais effet et ne peut nuire à l'appréciation du public ; — qu'à tous points de vue donc, le contrat dont s'agit ne peut être considéré comme sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ; qu'il doit donc produire tous ses effets... »

il prononce, de l'état des mœurs actuelles, et après enquête, il formule sa décision.

Il se peut enfin, que ces notions morales soient en quelque sorte centralisées au profit d'un gouvernement qui s'appuie sur elle — ou qu'un gouvernement dégage des principes, qui pourraient n'être pas acceptés de la majorité, mais dont il fasse, de par sa seule contrainte, des principes également nécessaires. La notion d'ordre public vient renforcer ou élever même la barrière sociale, qui s'oppose au libre développement de la volonté contractuelle. Nous n'avons pas à faire l'histoire de cette notion d'ordre public, nous risquerions, à pénétrer ces détails, d'abandonner la direction générale que nous avons avant tout à décrire, ce n'est qu'incidemment que nous effleurons ces divers points. Qu'il nous suffise de marquer, qu'à cet égard, le droit français ajoute aux prohibitions du droit romain, et que même, il n'a pas été suivi par le droit allemand (1).

(1) Le premier projet reproduisait la formule française : tout acte contraire à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, était nul (art. 106 P¹). Mais la commission du reichstag crut devoir supprimer la mention de la loi et de l'ordre public. Et le nouvel article 138 ne parle en effet que des bonnes mœurs.

Toutefois ce même article 138, dans sa seconde partie, prononce la nullité des conventions usuraires. Et sont considérés comme usuraires tous les contrats par lesquels un ouvrier, dans la misère ou le chômage, aura accepté un salaire insuffisant. Si bien que, si en principe l'ordre public ne limite pas la liberté des conventions, pratiquement, dans l'hypothèse que nous indiquons, qui est une hypothèse extrêmement générale, et très intéressante pour la notion d'ordre

Le droit romain n'avait pas vu se dégager encore cette notion de l'état, et ce n'est, en effet, qu'auprès de civilisations très avancées, que cette notion complexe, abstraite peut se définir. Quant à son contenu, lui aussi reste essentiellement variable. Refoulé à l'excès dans le gouvernement libéral et décentralisé, il atteint son maximum dans le gouvernement communiste ; et on peut imaginer la limite, où l'état ayant peu à peu envahi les industries privées, s'introduisant jusque dans les personnes qu'il remplace, faisant leurs gestes au lieu d'elles, a fait disparaître toute activité contractuelle possible.

Là encore, le juge ne peut demander autre chose à la loi que de permettre ses investigations ; il devra lui-même, avec le plus de prudence possible, analyser cet état actuel, en connaître la constitution, et arrêter à la limite ainsi déterminée les conventions envisagées dans leur structure subjective.

Dans la jurisprudence d'aujourd'hui, nous relèverons, par exemple, que par défense de l'ordre public, sont annulées les conventions qui menacent la liberté du commerce et de l'industrie ; — de même les conventions, qui, par moyens détournés tendraient à rétablir toute organisation féodale ; — et en l'espèce, celles qui, engageant des services indéterminés, limiteraient des libertés dont le droit est en quelque sorte reconnu constitutionnellement ;

public, le droit allemand éprouve le besoin d'une dérogation immédiate.

car l'état démocratique veut défendre les libertés jusque contre leurs propres abdications. Cette défense peut intervenir de façon plus active, dans les contrats passés entre patrons et ouvriers, entre assureurs et assurés. Des clauses de retenue de salaire, en cas de rupture de convention, bien qu'elles n'aient pas été portées devant les tribunaux, sont susceptibles d'être annulées par ordre public ; dans tous les cas et pratiquement, les déchéances des compagnies sont examinées avec la plus grande défiance, et le plus qu'il peut, le juge a coutume de les écarter. Ainsi, l'ordre public semble s'intéresser à obtenir une situation d'égalité pour ceux qui s'engagent, et lorsque cette situation d'égalité est manifestement contredite par les faits, à déterminer artificiellement cet équilibre, en apportant la protection judiciaire à qui est en position d'infériorité.

Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, nous nous en rendons compte, arrivent souvent à se joindre (1), on peut abstraitement supposer qu'elles coïncident ; on peut également imaginer qu'elles s'opposent. Puisque les bonnes mœurs sont avant tout une question de moralité ayant cours, contrôlée et établie par l'opinion commune, c'est en effet dans le gouvernement démocratique qu'elles ont les plus grandes chances de rencontre, dans le gouvernement despotique, elles se combattent généralement.

(1) Dans les exemples que nous avons cités, la cause est en effet illicite comme contraire à la fois aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Encore une fois, le législateur doit se borner à poser ces notions diverses ; le jurisconsulte peut étudier leurs variations théoriques, et leur jeu mutuel l'une par rapport à l'autre. Toujours est-il que lois, bonnes mœurs, ordre public, contribuent à former la barrière sociale, qui recouvrant la notion d'illicéité, limitera, dans la mesure attachée à la cause par la théorie classique, la fantaisie individuelle.

5. Sanction de la théorie de la cause.

Absence de cause, fausseté, illicéité de la cause, telles que nous venons de les définir, empêchent le contrat de produire aucun effet : et il nous faut préciser davantage la sanction qui, toujours dans la doctrine classique, accompagnera ces notions diverses.

Cette sanction au surplus dépend des définitions, auxquelles en fin de compte nous avons abouti, et son histoire même, suit fidèlement l'histoire de leur nature, et nous n'avons qu'à achever, prolonger en ce sens la description que nous venons de retracer.

Nous avons montré que la cause n'existait pas en droit romain, mais qu'elle tendait à émerger.

Dans l'hypothèse de la *datio ob rem*, deux engagements se font face l'un à l'autre. Jusqu'à leur exécution, ils restent des engagements purement moraux. Nous ne sommes pas alors en présence d'un contrat, nous sommes en dehors du domaine juridique. Mais dès l'instant

où l'un des engagements est exécuté, cette exécution va entraîner de façon indirecte une sorte de coloration juridique partielle de l'engagement adverse, et grâce à cette liaison subjective, que l'on aperçoit entre les deux promesses, et qui dans notre droit se définira la cause. Si, en effet, pour une raison ou pour une autre, cette promesse ne s'exécute ou ne peut pas s'exécuter, la personne qui a livré pour recevoir l'objet en échange, peut répéter, c'est-à-dire reprendre ce qu'elle a donné⁽¹⁾.

Le problème n'est donc pas du tout posé de la même manière ; jusqu'à l'exécution des deux promesses, comme il n'y a rien de juridique, ni convention, ni cause à fortiori, nous ne pouvons rien observer. L'exécution de l'un des engagements réalisé donnant à l'acte passé une sorte de valeur provisoire, pratiquement et avec cette réserve, nous rapproche de la situation de notre droit où le contrat est reconnu, mais à partir du seul moment où l'une des parties, malgré l'absence de cause, a effectué sa prestation. Dans les deux cas, en principe, il y aura lieu à répétition : c'est-à-dire que, dans les deux cas, la valeur, absolue en droit français, provisoire nous le disions en droit romain, de chacune des obligations, se trouvera en quelque sorte accrochée à la réalisation de l'obligation adverse.

Voici pour ce qui correspond en droit romain à l'ab-

(1) Se reporter aux pages 5 et 6 qui précisent les principes, dont nous analysons ici les conséquences.

sence de cause ; nous savons que la notion d'illicéité a également commencé à cette époque à se définir, et bien entendu dans le cadre restreint que nous venons d'indiquer. La *condictio causa data, causa non secuta*, nous l'avons dit, a été introduite par le prêteur, c'est une action donnée non par le droit civil, mais par l'équité, née dès lors non d'une théorie abstraite, générale, dégagée au-dessus de la réalité, mais bien au contraire inspirée directement par une situation isolée, de fait, dont la seule description pratique protestait en quelque sorte contre la doctrine officielle qu'on s'efforçait de lui appliquer. Il est essentiel de noter, que ce qui dicte la situation juridique, c'est la situation de fait uniquement, c'est l'hypothèse particulière, dont l'intérêt réclame une réglementation meilleure, d'où la nécessité de modeler la protection sur le mérite de qui la réclame, et insistons à cet égard. C'est uniquement son attitude qui est examinée, non pas bien entendu, comme dans notre droit, en principe le caractère général de la *datio ob rem*. La *datio* est-elle « turpis » de son côté ? la *condictio causa data* lui sera refusée, et d'après ce que nous venons de dire, c'est là quelque chose d'inévitable.

Et ce souci exclusif de mieux suivre le caractère de cette attitude a même déterminé la création d'une action nouvelle ; la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Si l'accipiens, du côté duquel seul il y a *turpitia*, a exécuté, et qu'il semble, d'après les principes que nous avons expliqués que tout soit ainsi terminé, le prêteur

accorde à celui qui a donné, dès l'instant où de son côté il n'y avait rien d'illicite, une action par laquelle il pourra rentrer en possession de sa prestation.

De toute manière, nous voyons que la sanction qui intervient dans cette ébauche de notre notion de cause, reste nécessairement limitée à l'une seule des parties, et que tout ceci est le prolongement logique du point de départ. Il était indispensable de le rappeler pour mieux saisir l'attitude de notre propre droit.

Ici les notions changent, la cause s'est dégagée, et une transposition analogue doit intervenir en ce qui concerne la sanction d'une doctrine nouvelle. Il ne s'agit plus d'un coin restreint du domaine contractuel, et d'un domaine contractuel, nous le disions, embryonnaire, mais bien de toute convention quelle qu'elle soit ; nous n'avons plus à attendre que l'une des parties ait exécuté, pour sentir un effet juridique ; dès l'instant où les paroles sont échangées, le contrat est né, les deux obligations se faisant face ont apparu, et ces deux situations peuvent se présenter, absolument distinctes l'une de l'autre ; il y a fausse cause ou il y a cause illicite. Or dès le début, et c'est le code qui le déclare littéralement, le contrat ayant une fausse cause ou une cause illicite ne peut produire aucun effet. La cause étant considérée comme un élément constitutif de l'obligation, le contrat n'a pu prendre naissance. Le mot d'inexistence est même prononcé par l'article 1131. Mais, sans nous attarder à une discussion engagée depuis longtemps, le

mot inexistence pratiquement correspond au mot nullité.

En ce qui concerne l'absence ou la fausseté de la cause, nous n'avons pas d'observation à produire. Remarquons seulement, qu'il n'y a pas à attendre ici qu'il y ait eu exécution de l'une des parties, qu'avant comme après, les conséquences de cette nullité s'imposent, qu'on peut se soustraire d'abord à l'exécution, qu'on peut revenir ensuite sur cette exécution, qu'en outre l'une et l'autre des parties, et c'est d'évidence, peuvent en bénéficier.

Pour ce qui touche l'illicéité, plus de précision est nécessaire. Il est entendu là aussi, que jusqu'au moment où l'un des contractants a exécuté, l'effet de l'illicéité de la cause s'est déjà manifesté, que par définition en outre l'exécution ou la non-exécution ne saurait en principe produire la moindre influence, que cette nullité ne présente vis-à-vis des contractants aucun caractère pénal. Il ne s'agit pas ici de punir celui qui fait appel à une obligation de cause honteuse en lui refusant protection ; tout se réduit à ceci : un contrat intervient, qui demande au droit l'estampille officielle, la sanction sociale. La société, dont ce contrat blesse les mœurs, menace l'ordre même, se refuse seulement à le connaître. Les parties entre elles peuvent l'appliquer, le droit n'y mettra pas obstacle ; il se borne à refuser son aide, et rien ici, il faut le reconnaître, que de rigoureusement normal.

Telle est la doctrine complète, qu'implicitement le Code

civil exprime, que les auteurs classiques ratifient ; mais le souvenir du droit romain en a dévié certaines conclusions. Nous savons, et pour quels motifs, le droit romain commençait son analyse au moment où l'un des contractants exécutait, et qu'il ne donnait le droit de répétition qu'à celui de qui ne provenait pas l'illicéité. Bien que la situation se soit étrangement modifiée, Pothier, traducteur du droit romain, à son tour déclare que le droit de répétition sera refusé à qui a exécuté, si l'illicéité provient de son chef, et les premiers commentateurs du Code civil (Duranton, Delvincourt, Toullier, Troplong) répètent à l'envi cette distinction ; la jurisprudence fidèlement à son tour reproduit ce point de vue. Puis la controverse s'est élevée, tout en conservant la règle romaine, on a cherché d'autres arguments ; c'était l'évolution commencée dans l'orientation nouvelle et logique ; sans être à l'heure actuelle achevée, il semble que ce ne soit guère qu'une question de temps.

C'est au surplus une des remarques les plus fréquentes que l'on puisse faire à propos des institutions juridiques et de leur remplacement ; un principe se dégage sous la pression de tel besoin ou de telle doctrine ; ce besoin, cette doctrine qui l'ont créé et paraissent le soutenir, ont disparu, le principe n'en est pas moins resté, et la tradition pieusement le conserve. Avant qu'on ne songe à l'ébranler, on lui cherche dans la réalité, dans la théorie nouvelle, un autre point d'appui complaisant, d'une nécessité artificielle, mais qu'on n'apercevra

que plus tard. Il faudra très longtemps pour s'en délivrer.

Ici, il ne s'agit plus d'assurer protection à qui se trouve dans une situation intéressante, le point de départ est en sens contraire ; il s'agit d'empêcher qu'une convention dangereuse pour la société ne se réalise, d'où pas d'examen de la position individuelle. Si l'un des contractants a exécuté, il doit pouvoir répéter, puisque la convention est nulle : l'article 1233 proclame que ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

Voici donc les nouveaux arguments qui ont été produits :

On a dit d'abord : le débiteur d'une obligation immorale ne peut répéter, parce qu'il est tenu naturellement mais on ne voit pas très bien que l'on soit en présence d'une obligation naturelle, et sous quel prétexte (1).

On a dit également : « si le défendeur conserve en fait ce qui lui a été payé en exécution de la convention contraire à la loi ou à l'ordre public, il ne le retient pas en vertu de cette convention, mais bien à raison de l'indignité du demandeur en répétition qui n'est pas recevable à alléguer sa propre turpitude » (2), et on ajoute que ce serait un spectacle scandaleux que celui de plaideurs venant étaler devant la justice leur propre turpitude, et en demander en quelque sorte la récompense pécuniaire.

(1) Cet argument a été présenté spécialement par M. Bozérian (*Revue pratique de dr. fr.*, 1858, t. IV, p. 15).

(2) Aubry et Rau, *Droit civil français* t. IV, p. 739, notes 8 à 16.

La vieille règle « *nemo auditur propriam turpitudinem...* » résume les dernières protestations à cet égard.

Et ce n'est pas seulement la doctrine, mais surtout la jurisprudence qui a le plus longtemps résisté. A l'heure actuelle, elle reste toujours divisée et on trouve suivant les hypothèses des arrêts contradictoires, les uns rejetant cette vieille règle romaine « *nemo auditur...* » les autres s'efforçant de la défendre contre une abdication définitive.

Dans cette contradiction, on a essayé de trouver une sorte de critérium directeur, qui marquerait un souci de logique plus estimable. Là où le paiement en lui-même est dangereux, la jurisprudence admettrait la répétition ; là où c'est l'acte seul, le consentement par exemple à des conditions illicites qui expose la société, et où le paiement n'ajoute rien à ce danger, la jurisprudence n'admettrait pas la répétition. En d'autres termes la vieille règle « *nemo auditur...* » subsiste dans la mesure des exigences de l'atteinte sociale (1).

(1) La classification que M. Meynial a essayé de faire de la jurisprudence paraît se justifier par un certain nombre de décisions dans quelques hypothèses particulières.

La répétition est admise dans l'exemple de contre-lettre contenant promesse de payer d'un office ministériel un prix supplémentaire (Cass. Req. 1^{er} août 1844, S. 44. 1. 584. Cass. Civ. 1844, S. 44. 1. 582. Depuis jurisprudence constante affirmée particulièrement dans Cass. 18 décembre 1878, S. 80. 1. 61). Or les attendus employés sont les suivants : « Attendu que la règle de droit « *in turpi et pari causa possessor potior haberi debet* » ne peut s'appliquer à la cause, parce que dans l'hypothèse du droit romain, peu importe à la société à

A vrai dire, la ligne de démarcation peut être ingénieuse ; une analyse plus attentive de la jurisprudence

qui des deux complices également en faute, doit appartenir la somme, objet du paiement consommé, tandis que dans la cause actuelle, où il s'agit du prix d'un office public, il en est autrement par le double motif :

1^o Que la faute n'est pas égale entre le postulant et le titulaire ;

2^o Que c'est précisément le paiement de cette partie du prix caché et exagérée qui expose le postulant, devenu titulaire, au danger de manquer à ses engagements, le public à de graves dommages et qui blesse par conséquent plus particulièrement l'ordre public. »

La répétition par contre est repoussée par exemple dans les dons entre concubins, dans les contrats relatifs à des maisons de tolérance. (Cass. req. 26 mars 1860 S. 60. 1. 321. Caen, 12 juillet 1872, S. 73. 2. 145. Orléans, 27 mai, 1875. S. 75. 2. 319). (Cass. civ. 15 déc. 73. D. 47. 1. 222, etc...). Ici en effet le paiement n'est en lui-même ni immoral, ni dangereux.

La répétition est admise au cas de cession de part d'office ministériel, et c'est à propos de cette hypothèse qu'est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation de 1887, qui semblait marquer de façon générale l'abandon très net de la règle romaine « nemo auditur... » Cass. civ. 25 janvier 1887, D. 87. 1. 465. Et là incontestablement le paiement de la somme promise, en autorisant l'association, et en la consacrant, constitue par lui-même un danger social, qu'il importe d'écarter.

Mais si dans les hypothèses que nous venons d'imaginer ce critérium serait exact, la jurisprudence en employant dans d'autres exemples des solutions manifestement opposées à ce principe directeur, marque l'état d'incertitude où elle se maintient. Dans les contrats d'entremise de mariage, la jurisprudence admet la répétition (Besançon, 6 mars 1895, S. 1895. 2. 196), or ce qui est dangereux c'est le contrat lui-même, ce n'est point le paiement. Egalement, en ce qui concerne les effets de complaisance, alors que le paiement de l'effet par le tiré devrait être favorisé dans l'intérêt de la circulation judiciaire, de nombreuses décisions admettent qu'il ne pourra pas être répété par le tiré contre le tireur ou contre les créanciers de la

montre qu'en fait elle n'obéit que de façon tout à fait isolée à cette idée directrice. Cela peut être exact dans l'hypothèse « d'une contre-lettre contenant promesse de payer d'un office ministériel un prix supplémentaire » où la répétition est admise, dans l'hypothèse des « dons entre concubins » et des contrats relatifs à des maisons de tolérance, où elle ne l'est pas — mais dans l'espèce « d'entremises de mariage » où la répétition est reconnue, il est évident que le payement importe peu à l'intérêt social.

Il faut se borner devant cette jurisprudence variée, à constater la lutte livrée contre une ancienne idée tenace; le simple fait qu'elle est combattue est à lui seul instructif. Et sans aucun doute, la doctrine de la nullité sans limitation finira par s'affirmer.

faillite de ce dernier (Cass. Req. 8 juin 1891. S. 92. 1. 439. Nancy, 2 janv. 1893, S. 94. 2. 206. Cass. req., 28 juillet, 1897; *Droit*, 24 sept. 1897. Paris, 16 nov., 1888, S. 91. 2. 86).

CHAPITRE IV

CRITIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE

Nous venons d'essayer de dégager dans le chapitre précédent, ce que l'on peut considérer comme la théorie classique de la cause.

Nous avons vu comment, le contrat se définissant avant tout l'œuvre de la volonté, on a éprouvé le besoin, pour obtenir la volonté de façon plus entière, de faire entrer dans cette définition le mobile qui a conduit directement à la convention, et de poursuivre ainsi le mouvement subjectif qui a transformé peu à peu l'économie du contrat. Et on a désormais étendu jusqu'à ce mobile, les règles déjà admises, mais limitées à l'ancien contenu de cette volonté juridique. Ces règles étaient la réalisation aussi scrupuleuse que possible du consentement donné, et c'était en outre par l'article 6 la préoccupation de refuser toute efficacité à la volonté qui pût menacer la société. D'où la double notion de cause fautive et de cause illicite, correspondant à l'élargissement de l'un et de l'autre de ces deux principes.

Mais ce mobile, que l'on a ainsi accueilli sous le nom

de cause, n'est qu'un mobile exceptionnel et privilégié ; parmi les mobiles ayant guidé la volonté contractante, un choix a été fait, et on a retenu ce mobile spécial, qualifié de mobile « *juridique*, » mobile tel, qu'il participe nécessairement à la nature du contrat, et qu'étant donné un type déterminé de conventions (conventions synallagmatiques, conventions unilatérales réelles, contrats à titre gratuit), on peut invariablement et à priori l'en déduire.

Contre cette doctrine, une critique ardente s'est élevée, et notons-le immédiatement, qui ne s'est pas placée à ce point de vue théorique, niant qu'une étude du mobile pût pénétrer le domaine contractuel, mais envisageant dans la théorie classique, précisément cette définition spéciale de la cause, de ce mobile, tel que nous venons de l'analyser, s'est efforcée de démontrer que cette notion, logiquement, apparaissait comme artificielle, ou que surtout, appliquée à la réalité, elle apparaissait difficilement efficace, faisant double emploi avec des règles déjà dégagées, et relatives à d'autres conditions de la convention.

Cette critique est loin de dater d'aujourd'hui, et à vrai dire, elle s'est dégagée parallèlement à l'affirmation des dogmes classiques, qu'elle combattait ; et c'est même chez les partisans de cette notion, qu'elle rencontre parfois ses objections les meilleures. Si, pour les besoins de l'exposition, nous établissons des positions et des catégories aussi nettes, nous n'entendons pas dire que tout

s'est passé ainsi en fait, et cette observation générale, que nous précisons ici, pouvait intervenir déjà dans notre définition de la théorie classique ; les groupements et les généralisations entraînent nécessairement une brutalité regrettable, dont il faut prendre son parti.

C'est dès 1826 que ce mouvement s'est inauguré, par un article écrit par Antoine Ernt dans une revue belge, « la cause est-elle une condition essentielle pour la validité des obligations » ; puis cette théorie a été reprise par Van de Poll en 1835, et Van Vulfften Palthé en 1840 ; M. Laurent dans ses principes de droit civil français, M. Huc, représentent l'élément doctrinal officiel ; s'y joignent de nombreuses thèses, celle de M. Artur (1879), celle de M. Timbal (1882) particulièrement importante à cet égard, de MM. Brissaud (1879), Bartin (1887), Tarbouriech (1894), Séfériadès (1897), M. Planiol enfin s'est à son tour associé à une même critique (1).

Nous nous bornerons à résumer à cet égard ces attaques violentes, sans nous arrêter à leurs détails, et nous n'y relèverons que ce qui ébranle la véritable doctrine classique, telle que nous venons de la dégager, nous aurons l'occasion de retrouver plus loin ce qui concerne

(1) Timbal, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français*, 1882. — Brissaud, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français*, 1879. — Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, 1887. — Tarbouriech, *De la cause dans les libéralités*, 1894. — Séfériadès, *Etude critique sur la théorie de la cause*, 1897.

moins cette doctrine classique, qu'un élargissement jurisprudentiel, qu'il importe avant tout de distinguer.

L'effort principal s'est porté, nous venons de l'indiquer, surtout à démontrer l'inutilité des règles de la cause, pourtant certains ont cherché à critiquer même au point de vue logique la notion de cause.

1. Fausseté de l'idée de cause.

Nous avons vu que dans les contrats synallagmatiques la cause de chacune des obligations est la considération de l'obligation correspondante.

Or, dit M. Planiol, qui oublie en le disant une partie de la formule, « les deux obligations dérivant du même contrat naissent en même temps ; il est donc impossible que chacune d'elle soit la cause de l'autre, car un effet et sa cause ne peuvent pas être exactement contemporains. Dans l'opinion commune on crée un cercle vicieux : si chacune des deux obligations est l'effet de l'existence de l'autre, aucune d'elles ne peut prendre naissance. Ce phénomène de production mutuelle est incompréhensible ; donc l'idée est fausse » (1).

La réponse est facile, et nous l'avons faite par avance, en remarquant en effet que M. Planiol ne prononce pas tous les mots nécessaires ; la vraie doctrine classique définit la cause un mobile, et en l'espèce dans le contrat

(1) Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, 1902, t. II, p. 321.

synallagmatique, la considération de l'obligation correspondante, et non pas seulement l'obligation correspondante. Cette tendance à objectiver aussitôt cette notion subjective est, au surplus, nous l'avons vu, familière à la plupart.

Dès lors, et bien entendu, l'objection ne porte plus ; ce mobile anticipe nécessairement sur la naissance matérielle en quelque sorte de l'obligation adverse ; et nous n'avons pas à discuter davantage.

De même, l'objection tombe en ce qui concerne les *contrats réels*, où, dit M. Planiol, la cause, représentée par la prestation reçue, est logiquement le contrat lui-même (1), sans qu'on voie entre ce contrat et cette cause la moindre distinction. La cause, répétons-le ici encore, pour la doctrine classique, est la considération de cette prestation, en d'autres termes une notion subjective, un rapport entre un sujet et un certain objet, mais non un objet seul, et cela suffit à distinguer ces deux éléments.

Et enfin, dans les *libéralités*, où, dit M. Planiol, la cause n'est considérée que comme la volonté de donner, indépendamment des motifs qui l'ont fait naître, cette conception apparaît comme vide de sens, car on se demande ce que peut être une volonté dépourvue de motifs (2).

Là aussi, nous constaterons que, de plus en plus, on tend à concrétiser cette notion abstraite, valant pour un très

(1) *Idem*, p. 322.

(2) *Idem*, Voir aussi sur ce point *Revue critique*. 1888, p. 708-709.

grand nombre d'actes, qui en fait ne peuvent se grouper sous cette épithète générale. L'esprit de libéralité, l'esprit de bienfaisance peut déterminer certaines donations, car il existe pratiquement des idées morales, il ne suffit pas à toutes de les expliquer ; avec cette correction, c'est une notion parfaitement saisissable, et contre laquelle la critique de M. Planiol paraît s'élever vainement.

Et en conclusion à ce rapide examen, il nous semble, en effet, voir dans la cause une notion logiquement « distinguable » : passée dans la pratique, il nous sera sans doute plus difficile d'en contrôler la valeur, et par avance, cette attaque sur le simple terrain logique, nous l'a fait pressentir. Ces règles, relatives soit à l'absence ou à la fausseté de la cause, soit à son illicéité, ne recouvrent-elles pas des règles déjà dégagées sur d'autres points ?

2. Inutilité de la cause.

a) Débarrassons-nous dès le début des *contrats de bienfaisance*, où, semble-t-il, la critique a priori paraît présenter le plus de chance de réussite, où, d'autre part, le souci montré, par la jurisprudence et par beaucoup d'auteurs, d'en élargir le contenu, en a d'ailleurs trahi le besoin. Pour la doctrine classique, nous venons de le dire, la cause de la donation est l'esprit de bienfaisance ou de libéralité. Nous avons vu déjà qu'il pourrait y avoir absence de cause, dans l'espèce où la donation serait consentie par un fou, mais avant même qu'on examine

s'il y a absence ou non de cause, le contrat serait déjà atteint pour vice du consentement. Quant à la notion de cause illicite, elle semble plus inévitablement condamnée encore. On ne conçoit guère que l'esprit de bienfaisance puisse jamais devenir immoral, car dans le critérium courant de la moralité, c'est cet esprit de bienfaisance qui se rapproche le plus de l'exemple moral type pour ainsi dire. Ce n'est guère, qu'auprès d'une doctrine nietschéenne, qu'il pourrait être condamné, et l'on peut à la rigueur concevoir qu'une société, formée à cette seule religion de fierté, rejette, non pas tant pour celui qui donne que pour celui qui reçoit, les actes d'abaissement que seraient les actes de charité (1). Mais, jusqu'à ce moment lointain, la notion de cause cherchera vainement quelque efficacité. Au surplus, toutes les donations seraient alors prohibées.

C'est avant tout à propos des *contrats intéressés* que la critique semblait pouvoir rencontrer plus de difficulté, et qu'il est plus intéressant dès lors de l'analyser.

Ici, si, logiquement, nous avons marqué, qu'entre l'objet de l'obligation et la cause, il y avait une distinction très nette à saisir, pratiquement, la distinction peut cesser d'être efficace. Il se trouve, en effet, que (nous insistions à cet égard dans l'examen de la théorie classique), le con-

(1) Nous avons vu en effet que la notion d'illicéité, en tant qu'elle s'analyse par la non conformité aux bonnes mœurs, n'a guère d'autre critérium qu'un critérium historique.

trat intéressé qui s'analyse par le type de l'échange plus ou moins complexe définit la cause par la considération de l'obligation correspondante, d'où fait dépendre sa réalisation de l'attitude de l'obligation adverse, d'où pratiquement ces deux notions distinctes risquent dans leur application de coïncider. Il y a cette malchance, pourrait-on dire, que le mobile soit nécessairement extériorisé dans un autre élément objectif, ayant déjà ses règles propres, et par ces règles propres, masquant le fonctionnement normal de celles de la cause. Cela ne constituerait pas au surplus une condamnation définitive.

Parmi les contrats intéressés, où les deux obligations naissent en même temps (contrat synallagmatique) ou, pourrait-on dire, la réalisation de l'une détermine la naissance de l'autre (contrat réel), et c'est la prestation objective, matérielle, dont la considération représente la cause.

b) Prenons le *contrat synallagmatique* : y a-t-il *fausse cause*, c'est-à-dire, comme nous l'avons défini, le mobile qui la représente ne peut-il se réaliser, c'est que l'obligation adverse n'a pu prendre naissance. Or, si l'obligation adverse ne peut prendre naissance, l'article 1128 suffit à faire tomber le contrat, d'où les deux obligations qui s'y accrochent.

Reprenons les exemples que nous indiquions plus haut :

J'achète une maison incendiée ; si je me suis engagé à livrer telle somme d'argent, c'est parce que je songeais

que vous me livreriez cette maison. Cette maison était incendiée au moment du contrat, l'obligation de mon co-contractant manquait d'objet, le contrat tout entier ne pouvait donc se définir.

S'agit-il d'un brevet d'invention ? La cession d'un brevet doit avoir pour objet un brevet viable pour ainsi dire le brevet d'une invention ; n'est pas un brevet, et ne peut par suite faire l'objet comme tel d'une convention quelconque.

Mais l'objet de la convention peut exister matériellement ; il peut en outre avoir été l'objet d'une prohibition particulière, soustrait en d'autres termes au commerce ; d'où à la possibilité de s'introduire dans une convention quelconque. Les pactes sur succession future peuvent être annulés pour fausse cause, comme ils peuvent l'être d'ailleurs pour cause illicite ; mais ils le seront d'avance, parce qu'ils auront été placés en dehors du commerce par les articles 731 et 1130. Si de même la loi de 1872 sur le recrutement a suggéré l'idée de faire annuler pour fausse cause les contrats passés entre des compagnies d'assurance et les hommes désireux soucieux d'échapper aux obligations militaires, on pouvait arriver à un résultat identique, en observant que la loi de 1872 a placé en dehors du commerce l'objet de l'obligation de ces compagnies d'assurance.

Cette impossibilité est-elle due à d'autres causes ? un principe, affirmé à propos de cas isolés dans nos lois, généralisé par la jurisprudence, va remplir une fonction

semblable : lorsqu'un cas fortuit ou de force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation de l'une des parties, l'obligation de l'autre s'éteint en même temps et nécessairement ; c'est ce que décide l'article 1172, si la chose louée est détruite par cas fortuit pendant la durée du bail. L'article 1867 déclare, que la société est dissoute, lorsque l'un des associés avait promis d'apporter à la société la propriété d'une chose, et que la perte de cette chose survient, avant que la mise en soit effectuée. Enfin, l'article 1184 proclame le droit de résolution dans tout contrat synallagmatique, si bien que cette dépendance, que la cause classique exprime et synthétise en quelque sorte, est déjà proclamée en dehors d'elle.

Bien entendu, est-il à peine nécessaire d'ajouter que si l'obligation adverse n'a pas pris naissance, le contrat, à plus forte raison, ne peut apparaître. Et c'est l'exemple apporté par Pothier déjà, et que nous avons soin de rappeler, celui du codicille. Je crois vous devoir, institué légataire universel par un testament, la somme de 10.000 francs ; je signe un billet par lequel je m'engage à vous livrer une maison pour me libérer. Un codicille est découvert qui révoque le testament, mon obligation de livrer la maison disparaît, puisqu'elle avait une fausse cause. Mais, remarquons-le en l'espèce, nous étions en présence d'une novation, qui a donné naissance à mon obligation de livrer la maison, grâce à l'extinction de l'obligation de vous donner 10.000 francs. Une novation ne se définit que [par la réunion de deux obligations,

l'une à éteindre, l'autre à déterminer. L'un des deux éléments, l'obligation à éteindre, faisant défaut, le contrat n'a pu se former, et par conséquent l'autre obligation apparaître.

En second lieu, *y a-t-il cause illicite*? Deux articles du Code, l'article 6 et l'article 1128, voilent exactement l'article 1133.

Dans le contrat synallagmatique, répétons-le, la cause est toujours inévitablement extériorisée, puisqu'elle se définit dans l'obligation adverse.

Et, ou bien l'objet du contrat est lui-même illicite, ce qui est la traduction, à l'heure actuelle admise, de « hors du commerce », ou bien l'obligation est contraire « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Nous pouvons également passer en revue les obligations ayant une cause illicite.

La convention, par laquelle un magistrat reçoit une rémunération en échange d'une décision favorable, la convention par laquelle une personne se fait payer des relations immorales, l'hypothèse même du courtage matrimonial présentent un objet illicite, hors du commerce et tombent avec le seul article 1128. Egalement, l'article 6 suffirait à les arrêter.

Les contrats, ayant une cause contraire à l'ordre public, contrats tendant à rétablir une organisation féodale, contrats qui menacent la liberté du commerce et de l'industrie, objectivant dans l'une des deux obligations

le but poursuivi, seront atteints par le même article 6.

A plus forte raison en est-il, quand l'illicéité provient d'une violation formelle d'une loi existante.

c) Enfin serions-nous en présence du *contrat unilatéral* réel, la démonstration peut être a fortiori répétée.

Ici, en effet, le propre de ce contrat est qu'il naît de la réalisation de la prestation adverse, et que la cause s'analyse dans le mobile qui s'y attache. Ce qui en constitue le caractère, c'est cette révélation même, qu'il est difficile dès lors d'obtenir en quelque sorte plus brutale, cette objectivation immédiate, à tel point qu'avec elle et elle seule coïncide l'apparition du contrat. Vous me livrez cent francs, à titre de prêt, et du fait de cette livraison matérielle se dégage mon obligation de vous les restituer. Pourquoi, dit la doctrine classique, est-ce que je m'engage à les restituer ? C'est parce que j'y suis conduit par la pensée que vous me les livrez. L'examen de ce mobile, c'est l'examen de la livraison. S'est-elle produite ? la cause s'est réalisée. Est-elle illicite ? la cause l'est également, et là encore l'article 6, l'article 1128 ont une rigueur suffisante.

Tel est le résumé rapide de la critique, il faut le reconnaître, singulièrement décisive, qui s'est efforcée de montrer, pour des raisons de pur fait, que les règles de la cause, avec la définition scrupuleusement classique, se trouvent devancées et de toutes manières suppléées par les règles relatives à d'autres conditions des conventions.

Revenons encore une fois à cette idée, que cette critique n'engage pas la question de savoir si la notion de cause logiquement ou non doit être rejetée, ou que, dans tous les cas, ces essais sur ce point ne risqueraient de réussir qu'en s'adressant à une notion faussée de la cause véritable.

CHAPITRE V

ELARGISSEMENT JURISPRUDENTIEL DE LA NOTION DE CAUSE

Il ne paraît pas que la jurisprudence ait pris une connaissance très attentive de cette critique, et, à vrai dire, elle ne semble pas s'en être préoccupée. Tout en s'en tenant à certains égards à la définition classique, elle s'est inconsciemment néanmoins associée au mouvement que nous signalions, en cherchant pour la cause, et sur d'autres points, une application nouvelle. Et cette jurisprudence, au surplus, s'est trouvée d'accord, dans son élargissement de la notion de cause, avec un certain nombre d'auteurs qui, au grand scandale de la doctrine rigide, ont transgressé également les anciens dogmes.

C'est bien toujours en tout cas, sous cette forme, d'un prolongement de la théorie initiale qu'il s'est agi ; la cause, pour n'être pas peut-être le même mobile, reste un mobile ; ce sont les mêmes règles, telles que nous les avons vues se dégager peu à peu, qui fonctionnent.

Le progrès consiste à analyser dans un sens juridique un peu plus encore de la volonté, et de l'acte final expri-

mé dans la convention, à remonter au-delà de ce mobile strictement juridique, immédiat, qui restait comme un mobile abstrait, cristallisé dans la convention, en quelque sorte collé à cette convention, jusqu'au point de ne s'en pouvoir détacher, pour atteindre le mobile individuel, particulier, en contact avec la réalité même, donnant au contrat non pas une couleur artificielle, mais la couleur directe des faits, en l'espèce de la croyance qui le faisait naître.

Et, sans nous inquiéter de juger encore cette direction nouvelle, nous ne pouvons nous empêcher de constater cet accord de deux mouvements parallèles, l'effort doctrinal, qui démontre l'inefficacité pratique de la théorie classique, l'effort jurisprudentiel qui d'instinct élargit, presque sans s'en apercevoir, la notion scolastique, telle que la tradition la consacre — ; cette rencontre involontaire ne peut pas ne pas être instructive.

Cet élargissement s'est d'ailleurs réalisé de façon insensible et clandestine ; et le critérium de la cause, sa formule paraissent s'être déplacés sans secousse apparente pour certains contrats.

Tout naturellement, c'est en ce qui concerne les conventions à titre gratuit, c'est-à-dire les conventions où la cause était, comme nous l'avons vu, particulièrement abstraite et stérile, que la jurisprudence a senti le besoin de la rapprocher de la réalité et de l'individualiser davantage. Et le mouvement, localisé dans cette partie du droit contractuel, paraît de plus en plus gagner les deux autres

catégories de conventions, jusqu'ici soigneusement distinguées, et au point, où, semble-t-il, les cadres anciens s'estompent et se confondent, et où les conventions, abandonnant ce classement artificiel, se définissent par leurs caractères psychologiques et individuels seuls.

1. Contrats à titre gratuit.

Le point de départ, qui, nous venons de l'indiquer, se détermine dans les conventions à titre gratuit, s'est surtout limité aux libéralités à des enfants illégitimes, aux donations entre concubins, aux conditions illicites qui affectent les conventions. C'est surtout dans ces deux dernières situations que la théorie jurisprudentielle prend un caractère définitif, et il est logique dès lors, d'envisager cet acheminement vers un système résolument formulé.

a) *Donation entre concubins.* — On a peut-être insuffisamment marqué, en ce qui concerne les donations entre les concubins, les hésitations jurisprudentielles, sur ce terrain, et il est curieux de constater, auprès de solutions décidément courageuses dans les hypothèses de legs à des enfants naturels ou adultérins par exemple, cette sorte de timidité prudente avec laquelle elle présente sa doctrine.

On sait d'abord que l'ordonnance de 1629 (art. 132) frappait de nullité les donations entre concubins, et que le Code civil, dans aucune de ses dispositions, n'a fait revivre cette prohibition. d'où ces donations, proscrites

dans l'ancien droit, sont aujourd'hui en principe valables.

Pour les annuler, certains arrêts ont insisté sur l'influence que des personnes, placées dans cet état d'intimité dangereuse, pouvaient avoir sur l'esprit du disposant, et ; dans l'hypothèse de legs faits à des concubines, ont voulu voir dans ce fait un élément de captation, qui, joint à des manœuvres frauduleuses, pouvait entraîner la nullité de la disposition. Un arrêt même, isolé d'ailleurs, a trouvé dans l'état de concubinage une véritable présomption de captation. Ce premier moyen en tout cas, partant sans doute d'une psychologie exacte, n'intéresse pas la notion plus subjective encore de cause (1).

L'utilisation en outre de cette notion dans les donations proprement dites, semble également se préparer dans une sorte de second système intermédiaire. On verrait dans les libéralités à des concubines, non des contrats à titre gratuit, mais des contrats à titre onéreux. Le donataire payerait des services reçus, et ce serait dès lors un

(1) Cass. req. 17 juillet 1871 (D. 72. 1. 37). Paris, 13 nov. 1893, (D. 95. 2. 115) : « Attendu qu'il résulte des énonciations mêmes de Victor Simon que Marie Déliot a vécu publiquement avec lui en état de concubinage adultère pendant de longues années, mais qu'il n'est fourni aucune preuve précise de l'existence de relations intimes entre le susdit testateur et Joséphine Déliot .. Attendu que l'incapacité dont l'ancien droit frappait les concubines n'a pas été reproduite et a même été positivement écartée par les rédacteurs dudit code. Attendu que l'influence qui résulte de ce genre de relations peut bien être un des éléments de la captation, mais ne suffit point pour la constituer... »

contrat synallagmatique, où il y aurait, d'une part, une obligation de somme d'argent, de l'autre, une obligation de répondre à des complaisances coupables, bref, deux obligations qui se serviraient réciproquement de causes, et dont le caractère illicite de l'une d'elles, avec la théorie classique elle-même, entraînerait la nullité de la convention. Que tel soit le raisonnement certain, auquel un grand nombre d'arrêts se réfèrent, il y aurait quelque imprudence à l'affirmer, qu'implicitement cela puisse se déduire de la lecture de cette jurisprudence, que, surtout, la plupart des décisions n'aient pas conscience d'avoir affaire à de véritables contrats à titre gratuit et de modifier sur ce point la formule reçue, il ne saurait y avoir le moindre doute. Précisons cette attitude.

Nous trouvons même, dans la jurisprudence, l'affirmation intégrale de la théorie traditionnelle. « Il suffit que le donateur ou le testateur ait eu la volonté de donner ou de léguer, pour que la libéralité ait une cause véritable. Les motifs qui ont déterminé cette volonté sont distincts de cette volonté elle-même, et ne sont pas au point de vue juridique la cause de la libéralité. » — (Paris, 10 novembre 1893. D. 93, 2, 115. — « La cause d'une libéralité entre concubins ne peut être recherchée parce qu'elle est dans la libéralité même. » (C. Req. 1887 — D. 89. 1, 36). (1).

(1) « Attendu que si la cause d'une donation entre concubins ne doit pas être recherchée parce qu'elle est dans la libéralité même, il en

Puis, dans des donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, la jurisprudence, après avoir signalé la simulation de la cause apparente, note, sans conclure que le contrat soit à titre gratuit, que la cause est le concubinage, et les annule pour cause illicite. Les mots employés sont non pas « donation », mais « engagement » (1), on dit que l'acte passé intervient pour « prolonger ou payer la débauche », pour « salarier de honteuses complaisances ». Dès lors ne s'agit-il pas d'exprimer une convention intéressée, où deux contre-parties sont échangées ?

Si, en ce qui concerne ces décisions, il y aurait bien là comme nous le disions un système intermédiaire, que

est autrement de l'obligation qui aurait pour cause unique le maintien des relations de concubinage entre les parties...

La Cour :

« Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir reconnu la fausseté de la cause énoncée sur les billets dont le payement était réclamé par la demanderesse en cassation, déclare que ces billets ne pouvaient servir de fondement à une libéralité, et que l'obligation qu'ils constataient n'avait d'autre cause que le maintien des relations de concubinage existant entre les parties contractantes... »

(1) Dijon, 3 déc. 1894, (D. 95. 2. 237).

« Attendu que l'engagement pris par V... a eu pour unique cause les relations immorales existant alors entre les parties, soit que l'appelant ait entendu ainsi en assurer la continuation, soit qu'il ait voulu payer les faveurs déjà obtenues. » Grenoble, 30 avril, 58 (D. 58. 2. p. 165).

« Attendu qu'il est également certain qu'aucune indemnité, aucune réparation pour préjudice causé n'était due à celle-ci, et que cet acte de pure libéralité n'eut d'autre objet que soit de salarier de honteuses complaisances, soit d'acheter son silence pour éviter le scandale. »

quelques auteurs prêtent peut-être trop nettement à la jurisprudence, toujours est-il qu'auprès de ce système la jurisprudence dégage ailleurs le système qu'on lui reconnaît plus généralement, où de pareilles conventions seraient bien traitées en conventions à titre gratuit, et où la cause en serait cherchée dans ce sentiment d'affection illégitime. D'abord, même dans les exemples que nous venons de signaler, ces expressions que nous reproduisons ne sont-elles pas employées dans un sens plus métaphorique que strictement juridique (1)? Surtout, auprès de ces expressions, celle-ci ne permet pas de confusion possible, « s'il s'agit de récompenser la concubine de ses complaisances » (2); sans compter que beaucoup de donations sont annulées, alors que les relations coupables ont cessé depuis longtemps, et qu'il ne peut intervenir de conventions les concernant. Là, ces conventions sont bien envisagées comme conventions désintéressées, et l'on fait résider la cause ailleurs que dans l'esprit général de bienfaisance.

Du reste, à analyser davantage encore cette jurisprudence, on peut noter la psychologie extrêmement précise

(1) Et la décision précédente que nous venons de citer ne semble-t-elle pas l'établir ? puisqu'on a bien soin de noter qu'il s'agit d'un « acte de pure libéralité ».

(2) Alger, 23 déc. 1895, D. 97. 2. 453. « Attendu qu'en principe ces sortes d'obligations sont valables, à moins qu'elles n'aient pas d'autre cause que le concubinage, et qu'il soit établi qu'elles sont le résultat d'un pacte immoral, ayant pour but de récompenser la concubine de ses complaisances passées, présentes ou futures... »

à laquelle elle se livre dans les donations à des concubins. Et lorsque par exemple, le donataire, dans sa libéralité à une concubine, entend réparer un préjudice réel, ou accomplir un devoir de conscience, lorsqu'en d'autres termes il n'est point guidé par cette affection illégitime seule, qu'il répond à des préoccupations d'un autre ordre, relatives cependant à cette concubine (1), la cause reflétant cet état d'esprit n'a plus le caractère d'illicéité, et l'acte reste valable.

Nous verrons dans le cas de legs à un enfant naturel, ou à un enfant adultérin, que la cause de la donation, en l'espèce le sentiment de paternité adultérine, ou naturelle, ne peut être recherchée au delà du texte même, et nous verrons au surplus quelles considérations spéciales dictent cette limitation. Ici la jurisprudence est hésitante ;

(1) *Idem* : « Attendu qu'il est possible que la donation déguisée ait pour objet la réparation d'un dommage, la rémunération de soins dévoués, le souci d'assurer dans l'avenir l'éducation et la subsistance de l'enfant né pendant la durée du concubinage... » Besançon, 19 mars 1862, D. 62. 2. p. 59.

« Attendu qu'on cherche en vain une autre cause dans la réparation d'un préjudice... qu'il n'est justifié d'aucun préjudice, ni moral, ni matériel... » Grenoble, 23 janv., 64. D. 64. 5. 255.

« Attendu qu'il est établi par les enquêtes autorisées par le tribunal et par les documents du procès que ces billets ont eu une cause certaine et licite, soit en versements de sommes au souscripteur Estève, soit en services rendus dans son ménage et son commerce, soit enfin en dédommagement par lui consenti en faveur de la fille Bourgeaud par suite de leur séparation ; attendu que les mêmes documents établissent que ce dédommagement a figuré pour la moindre partie dans le règlement représenté par les cinq billets dont s'agit... »

il est tour à tour question d'une preuve cherchée dans l'acte seul (1), et d'une preuve qui peut se déduire des circonstances externes (2). Et dans cette dernière hypothèse, il est remarquable que la jurisprudence ait souci de se défendre contre tout reproche d'indiscrétion, d'expliquer que les parties elles-mêmes l'ont mise en quelque sorte malgré elle en présence de révélations intimes, et qu'elle a entendu sans écouter. Notons toutefois que ces scrupules ne proviennent pas du désir de ne pas pénétrer ainsi des motifs qui décrivent une individualité, que le droit devrait respecter, mais du souci exclusivement social de ne pas livrer au grand jour des détails scandaleux, dont la société pourrait souffrir (3).

(1) Cass. req. 26 mars 1860 (D. 60. 1. p. 256). « Mais considérant que l'acte du 15 juin 1854 n'énonce pas qu'il ait eu pour cause des relations illicites ; qu'on ne saurait suppléer à son silence à cet égard, en se fondant sur les circonstances du litige, sans retomber dans des recherches dangereuses, redoutées à juste titre par le législateur... »

De même : Besançon, 13 février 65, D. (65. 2. 29) ; Alger, 23 déc., 1895, (D. 97. 2. 453).

(2) Montpellier, 23 fév. 1885, sous Cass. Req. 23 juin 1887 (D. 89. 1. 36). « Que vainement on objecterait que l'acte qui la constate n'énonce pas la cause illicite qui la vicie ; que les précautions prises par les parties intéressées pour dissimuler la cause inavouable qui a déterminé leurs conventions ne peuvent avoir pour effet... » Besançon, 19 mars 1862 (D. 62. 2. 58).

(3) Dijon, 3 déc., 94 (D. 95. 2. 238). « Attendu que l'on conteste à tort à V... le droit d'établir ainsi qu'il l'a fait la cause immorale de son obligation autrement que par les énonciations de l'acte litigieux ; attendu qu'en effet l'existence de relations immorales entre les parties résultant des déclarations consignées en l'interrogatoire de celles-ci, la Cour n'a pas à se livrer à cet égard à des recherches indis-

b). *Libéralité aux enfants naturels.* — Jusqu'ici dans tous les cas, rien de très définitif dans l'extension à propos des contrats à titre gratuit, de la cause à ce que la doctrine classique appelait les motifs. Dans l'hypothèse de libéralité à des enfants illégitimes, ce déplacement se fait dès lors en toute franchise. Prenons d'abord l'espèce du legs ou de la donation faite à un enfant naturel.

Il est entendu (et il est nécessaire de rappeler ces principes) que les enfants naturels ne pourront rien recevoir au delà d'une certaine limite fixée par la loi (1); si bien que, dans l'hypothèse d'un legs fait à un enfant naturel déjà reconnu régulièrement, et attribuant à cet enfant la totalité des biens il y aura lieu à réduction. — Il est entendu aussi que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut avoir lieu que dans un acte authentique et notamment n'aurait pas d'effet dans un testament olo-

crètes, qui à raison de leur incertitude et de leurs inconvénients, auraient pu être contraires aux intentions du législateur... »

(1) L'article 908 ancien décidait que « l'enfant ne peut rien recevoir, ni par donation entre-vifs, ni par testaments, au delà de sa part successorale ».

Depuis 1896, la nouvelle rédaction de l'article 908, une distinction est établie entre les donations entre-vifs et les testaments.

En ce qui concerne les donations entre vifs « ils ne peuvent rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions ».

En ce qui concerne les testaments, les parents peuvent « avantager l'enfant par testament », s'il y a des ascendants sous certaines restrictions établies par l'article 915, s'il n'y a que des collatéraux sans aucune espèce de limitation ; d'où dans l'exemple des testaments, ce n'est qu'à propos de la première hypothèse, que la question résolue par la jurisprudence continue à se poser.

graphe ou dans un acte de donation non revêtu de la forme notariée.

Si donc le legs, dont nous parlons, figure dans un testament olographe, l'indication « qui est ou parce qu'il est mon fils naturel » n'aura pas de signification ; et l'attribution de tous les biens sera valable, au même titre que s'il s'agissait d'un étranger. Avec les principes jusqu'ici admis, et à les appliquer dans leur signification littérale, on accorde la sanction juridique à ce qu'on sait manifestement aller contre ces principes ; et, ce qu'on a coutume d'appeler l'équité, proteste contre un semblable résultat. Car, non seulement il se produira ceci, que l'enfant naturel non reconnu sera mieux traité que l'enfant naturel reconnu ; mais on aura l'impression, sous le couvert d'une légalité apparente, d'une sorte de défi insolent insusceptible d'être relevé.

Et ce même mouvement se prolonge, qui s'affirmait en droit romain, dans l'espèce d'une stipulation de rendre une somme d'argent qu'on n'avait pas reçue, d'envisager l'opération dans un sens plus psychologique — dans cette hypothèse de substituer à la définition aveuglément objective, une définition subjective, dont les faits seuls imposent en quelque sorte la formule.

La jurisprudence, qui a inauguré ce mouvement, date de 1837 ; et en effet, à cette date, la Cour de Nîmes s'exprime ainsi : « Attendu que l'article 908, qui limite à la quotité de biens déterminée par l'article 757, la libéralité la plus large, qu'un père puisse faire à un enfant

naturel, a pour but évident le maintien des bonnes mœurs et le respect de l'ordre public, qui ne permettent pas que l'enfant naturel puisse être mis sur la même ligne que l'enfant légitime; qu'il suit de là qu'une libéralité, faite au profit d'un enfant naturel, si elle a évidemment pour cause cette qualité d'enfant naturel, du testateur, est quant à ce qu'elle a d'excessif contraire à la loi, à la morale, aux intérêts sociaux; que sous ce rapport, la cause est illicite et ne peut ni soutenir, ni autoriser la disposition de son excès; qu'il y a lieu dans un pareil cas de prononcer l'annulation partielle pour la ramener dans les limites où la cause reste licite; qu'il n'importe nullement que le légataire n'ait pas été reconnu légalement, dit qu'il ne s'agit pas d'annuler la disposition à raison de l'incapacité de la personne appelée à recueillir, mais bien de l'annuler à raison du vice qui infecte la cause, et encore que la personne pût être capable de recevoir; que ce n'est pas se livrer à une recherche illégale de paternité; qu'on n'a pas à vérifier le fait de la filiation puisque la cause est illicite, non pas parce que la paternité est prouvée, mais parce que l'auteur de la disposition, l'ayant considérée comme réelle, a disposé sous l'empire de cette conviction qu'il a ouvertement manifestée... » (1).

Et depuis cet arrêt, la jurisprudence, sauf quelques

(1) D. Rep. t. XXXV, V^o *Paternité et filiation*, n^o 539, 1^o La Cour de cassation, 7 déc. 1840 (D. 41. 1. 44) rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt.

hésitations bien vite réprimées (1), s'est unanimement confirmée dans ce sens.

Bien entendu, et par contre, la doctrine, scrupuleusement attachée aux traditions, poursuit sans aucune espèce de succès, une critique monotone dans son ardeur. Cependant quelques auteurs (Aubry et Rau, Larombière, Planiol) semblent avoir pris leur parti, pour des raisons plus ou moins éclairées d'ailleurs, de cette orientation nouvelle.

L'objection inlassablement répétée, est que la cause d'une libéralité est le seul esprit de bienfaisance, esprit de bienfaisance abstrait, qu'on n'a pas le droit, sans contradiction, d'individualiser et de préciser davantage : nous verrons plus loin ce qu'il faut répondre à ce souci d'abstraction ; bornons-nous à noter, dans cette extension de la cause à des motifs, que jusque-là on avait déclarés étrangers à toute signification juridique, l'effort de mieux suivre la véritable intention du légataire. Et il semble évident, en effet, que ce qui a guidé, déterminé la volonté du légataire, ce n'est point cette volonté en soi de faire le bien, ou métaphysique ou religieuse, mais le désir d'avantager celui qu'une paternité même naturelle, désigne à cette générosité.

(1) Bruxelles, 24 déc. 1839 ; Paricrisie, 1839, 2. 225. Nîmes, 1^{er} fév. 1843, D. V^o *Paternité et filiation*, n^o 539. 1^o.

Nous voyons dans tous les cas, pratiquement, la définition de ce legs s'éclairer d'un point de vue plus psychologique, et les règles de droit pénétrer par cet angle même. Mais, ceux qui provisoirement concèdent cette position, reviennent à la charge et imaginent cet autre argument. Acceptons que la cause de la libéralité soit cette considération de paternité naturelle ; or la loi exige, pour qu'une reconnaissance d'enfant naturel vaille juridiquement, qu'elle figure dans un acte authentique. En l'espèce, il n'en est rien ; cette reconnaissance n'a donc aucun sens aux yeux du droit ; aux yeux du droit, l'enfant, reconnu dans ces conditions, n'est pas un enfant naturel. Comment dès lors est-il possible de concevoir une cause, là où il n'y a rien ; et obéissant à la même préoccupation, certains auteurs ajoutent : la libéralité devrait être annulée non pour cause illicite, mais pour cause fausse.

Et c'est qu'un point de vue, strictement psychologique, est décidément difficile à prendre et à conserver, pour qui part de préoccupations contraires ; la cause n'est pas, nous l'avons maintes fois observé, le fait objectif, extérieur, réel pour ainsi dire, mais le mobile, c'est-à-dire l'appréciation, la croyance subjective ; et il est trop clair, que cette croyance à une paternité naturelle est indépendante de la signification juridique d'une reconnaissance qui s'y réfère ; il est trop clair que, pour qu'il y ait notamment cause fausse, il faudrait qu'en fait et non en droit, le père se crût à tort le père naturel de son enfant.

La substitution a lieu de la définition psychologique, à la définition externe donnée du dehors, et cette substitution va si loin dans le système de la jurisprudence, que l'on atteint la libéralité dans cette définition nouvelle, dans la mesure seule où elle dépasse la limite permise, en matière de libéralité à des enfants naturels. Le legs, en effet, n'est pas annulé, mais réduit, réduit dans la proportion que nous venons de dire. Rigoureusement, il n'est pas douteux qu'il ne devrait s'agir que de nullité, que de ce côté dès lors les critiques des auteurs portent de façon efficace. Mais il est très intéressant de noter, avec quel sentiment de nuance, la jurisprudence, qui se livre à cette psychologie ingénieuse, entend adapter les règles juridiques à la volonté qu'elle s'efforce de suivre, de façon à leur en faire recouvrir les contours mêmes.

c) *Actes de disposition à titre gratuit aux enfants adultérins ou incestueux.* — L'hypothèse du legs ou de la donation faits à un enfant adultérin ou incestueux, répond aux mêmes scrupules, et la solution de la jurisprudence à cet égard n'en apparaît que comme une variation de la précédente. L'article 333 déclare que « la reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin ». Et nous savons d'autre part que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent recevoir qu'une pension alimentaire.

Ici donc, alors que cette affirmation figure dans un testament olographe ou non (pour les enfants naturels

il fallait qu'elle figure dans un acte non authentique) : « Je lègue mes biens à P... parce qu'il est mon enfant adultérin ou incestueux », les principes rigoureux demanderaient que cette libéralité fût exécutée entièrement, au même titre qu'une libéralité adressée à un étranger. Et cependant, là aussi, comme dans l'hypothèse du legs à un enfant naturel, l'équité proteste contre une solution aussi contraire à l'esprit de la loi.

D'où la jurisprudence dès 1832, c'est-à-dire, avant l'arrêt de la Cour de cassation 1837 relative au « legs adressé à un enfant naturel », a inauguré le système que nous décrivions tout à l'heure, en faisant intervenir la notion d'illicéité de la cause.

« Attendu qu'aux termes de l'article 1131, toute obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ; que selon l'article 1133 la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ; qu'une libéralité, faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux, lorsqu'elle a évidemment pour cause cette qualité d'enfant adultérin ou incestueux du donateur, est incontestablement contraire aux bonnes mœurs, puisque l'article 335, qui défend de reconnaître les enfants adultérins ou incestueux, a pour but évident le maintien des bonnes mœurs et le respect de l'ordre public que blessent essentiellement de semblables reconnaissances... »

Et depuis, la jurisprudence, insensible aux avertissements et aux critiques de la doctrine, s'est maintenue inébranlablement dans cette opinion.

Les seules hésitations ont porté sur la question de savoir, si elle devait être strictement appliquée au cas d'aveu de paternité dans l'acte même de libéralité.

M. Demolombe même, appuyé par Dalloz, réclamait une limitation encore plus étroite. « De ce que le même acte contient et la reconnaissance et la libéralité, il ne s'ensuit pas que la première soit la cause de l'autre. Il faut, pour que la libéralité soit nulle, qu'il soit prouvé que la qualité d'enfant adultérin est la cause unique de la libéralité ». Mais à vrai dire c'est pousser trop loin le scrupule d'une psychologie exigeante, et il est bien certain qu'une donation, faite dans les termes que nous venons de dire, ne sera point inspirée par un sentiment général de charité humaine.

La jurisprudence, sans prendre garde à cette subtilité, n'a pas dans tous les cas voulu étendre son application de la théorie de la cause, en dehors de l'exemple que nous avons indiqué et où la reconnaissance figure dans l'acte même de libéralité. « Ce serait provoquer ces révélations scandaleuses, que, dans un intérêt de moralité publique, la loi a entendu prévenir, lorsqu'elle a prescrit la reconnaissance des enfants adultérins. » Et la jurisprudence, ainsi née d'une situation de fait, s'y limite aussi étroitement que possible. Nous avons vu, que si la loi prescrit la reconnaissance des enfants adultérins, c'est pour empêcher toute révélation à cet égard. Il se trouve que, grâce à une révélation que non seulement elle n'a pas encouragée, mais qu'elle a proscrite, le mobile de la libéralité

résidant dans cette paternité adultérine, est malgré elle mis à jour, qu'elle obtient cette preuve des faits, directement, sans doute possible, par un procédé fortuit ; elle en est saisie, et elle ne peut pas ne pas agir. Tout cela est parfaitement logique et irréprochable.

d). *Condition considérée comme la cause impulsive et déterminante dans les donations* — Jusqu'à présent nous venons de voir dégager, non plus l'esprit abstrait de libéralité, mais le mobile concret, individuel, qui donne son sens à l'acte juridique. Dans une donation à une concubine, a priori nous nous doutons que, ce qui a fait naître la générosité dont nous sommes témoin, ce sont les rapports où se trouvaient vis-à-vis l'un de l'autre cette concubine et ce donateur ; dans le legs fait à un enfant naturel, alors qu'il est écrit dans l'acte même qu'il s'agit d'un enfant naturel, ou dans celui fait à un enfant adultérin ou incestueux, où la paternité adultérine ou incestueuse est expressément mentionnée, nous comprenons trop clairement, que le légataire, indépendamment de cette paternité, n'aurait pas choisi fortuitement la personne qu'il gratifie pour exercer ses dispositions charitables, et qu'en dehors de cette relation familiale il n'aurait pas conclu. Dans ce nouveau mobile, ainsi dégagé, un des caractères frappants est que ce mobile est en effet le mobile déterminant, celui sans lequel l'acte en question n'aurait pas été passé.

Et nous rencontrons maintenant devant nous une hypothèse, où ce mot de mobile *déterminant*, littéralement exprimé, précise cette préoccupation dominante à laquelle

la jurisprudence paraît répondre. Ici, elle cherche à obtenir l'état d'esprit (répétons-le) déterminant, et cet état d'esprit aussi complet que possible, dans tous ses éléments constitutifs, ne rejetant en dehors de lui que ceux-là seuls, dont la non intervention n'aurait pas empêché la conclusion du contrat. La théorie de la condition considérée comme la « cause impulsive et déterminante », marque bien le point d'arrivée le plus décisif du système jurisprudentiel, dont nous venons de suivre l'évolution.

On sait que, tandis que l'article 1172, statuant pour les contrats à titre onéreux, décide, qu'au cas de conditions impossibles ou illicites, insérées dans ces conventions, le contrat tout entier sera annulé, l'article 900, statuant pour les contrats à titre gratuit, dit que ces conditions seront réputées non écrites, et le contrat pour le reste maintenu. Déjà, dans le droit romain, en matière de testament, mais de testament seulement, la même situation intervenait, et on en donne généralement l'explication suivante. Comme c'était une honte de mourir ab intestat, il était préférable de maintenir fût-ce un testament mutilé, que de faire tomber l'acte tout entier — si bien que le principe, auquel rattacher cette solution, demeurerait un principe d'interprétation de volonté. Quoi qu'il en soit de l'exactitude de cette explication, il est bien certain que l'article 900, qui d'ailleurs est relatif à toute disposition à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, ne saurait ainsi se justifier. Les travaux préparatoires sont en ce sens d'une éloquence décisive : Le rapporteur de

la loi, qui contient l'innovation depuis admise, s'exprimait ainsi dans ce langage emphatique, avec lequel on avait alors coutume de préparer le droit. « Craignez que du sein de cette révolution même, la loi prête son secours aux opinions ennemies de l'égalité et de la liberté que vous avez établies : craignez que le père fanatique, le testateur intolérant, le donateur ennemi de la Constitution, frappent à leur gré d'exhérédation des enfants, des légataires que la nature et la reconnaissance appellent aux successions. Craignez que les testateurs et les donateurs chargent de conditions impératives ou prohibitives, des droits et des dons que la loi doit rendre libres, qu'elle doit dégager de vieux préjugés et ravir à l'empire avilissant des passions. Autrement les lois de la nature et de la Constitution seront violées impunément, la haine de la Révolution se cachera sous les formes respectables de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs ; des mariages seront empêchés, les mœurs seront altérées... enfin l'aristocrate, l'intolérant, et l'ennemi des principes de notre Constitution commanderont encore dans le tombeau. » C'est dire sans équivoque possible que non seulement la volonté du testateur ne sera pas strictement appliqué, mais que là où elle sera hostile aux principes révolutionnaires à cette date dégagés, on la méconnaîtra ouvertement et on en triomphera même sous cette forme.

Cet article 900 n'est donc inspiré que par une nécessité historique, momentanée ; à une époque en effet où

un gouvernement se fonde, il y a comme une période troublée, où certaines brutalités provisoires s'imposent. Sorti de l'atmosphère, où il emprunte son véritable sens, il devient à l'heure actuelle entièrement injustifiable. Sans l'excuse, qui en 1789 intervenait, il se produira souvent ceci, qu'alors que le donateur ou le testateur en dehors de la condition n'auraient pas conclu, la convention demeurera valable, qu'en d'autres termes on surprendra à leur volonté un acte que cette volonté condamne. On va profiter en quelque sorte de ce qu'une activité contractuelle a essayé de se définir, pour lui imposer de force une définition contraire à la sienne. Etant donnée l'orientation de ce même droit contractuel, que nous avons pu suivre, il est trop clair que c'est là une attitude grossière.

D'où l'effort, tenté par la jurisprudence, de redresser cette solution. Les tribunaux eurent d'abord recours au procédé suivant : ils prétendaient que la condition donnait un caractère synallagmatique à la libéralité, et prononçaient la nullité de l'acte, par application de l'article 1172 (1). Ce n'est qu'en 1863 (2), par un arrêt de la Cour de cassation, que le système aujourd'hui

(1) Nîmes 22 janv. 1890 (D. 91. 2. 114, note de Planiol, Orléans 20 mars 1892 (S. 92. 2. 13).

(2) Cass. 3 juin 1863 (S. 64. 1. 269). Dans le même sens, cette doctrine est appliquée aux legs. Cass. civ. 7 juillet, 1868 (S. 1868. 1. 435). Depuis les décisions se reproduisent : Lyon, 6 août 1884 (D. 86. 2. 121) ; Cass. civ. 3 nov. 1886 (D. 87. 1. 157) ; Cass. req. 29 juil 1889 (D. 90. 1. 396) ; Chambéry, 8 juil., 1891 (D. 92. 2. 137).

suivi est inauguré. « Il est constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ». Désormais le système ainsi trouvé, s'affirme et se reproduit dans toute la jurisprudence, sans qu'il y ait à cet égard la moindre hésitation. Et c'est au sujet de libéralités faites à des communes avec affectation aux écoles municipales, sous cette condition que l'enseignement serait donné dans ces écoles par des instituteurs congréganistes, que la jurisprudence est la plus décisive. Le résumé de sa doctrine est aussi nettement que possible, que si cette clause illicite apparaît comme le motif déterminant de la libéralité, la disposition est annulée dans son ensemble, sinon l'article 900 demeurera applicable.

L'examen de ces diverses solutions jurisprudentielles nous conduit nécessairement à conclure que la cause a bien trouvé, pour les contrats à titre gratuit, une signification nouvelle. Définie d'abord de façon uniforme par la théorie classique l'esprit de bienfaisance, elle tend à prendre un sens plus concret et plus varié. C'est une affection illégitime, c'est un sentiment de paternité naturelle, avec ses caractères plus précis et plus condamna- bles de paternité adultérine ou incestueuse ; c'est parfois le désir de voir se réaliser certaines charges indispensables dans l'esprit du donataire, qui vient compliquer et renforcer quelque autre élément déterminant, et il est

clair que ce motif psychologique est bien celui-là même qui explique le contrat particulier en présence duquel nous nous trouvons, qui en a véritablement produit la réalisation.

Mais, et voici d'abord l'objection scandalisée qu'on oppose à cette orientation qualifiée volontiers de révolutionnaire : « c'est confondre la cause avec les motifs », et dans l'esprit des causalistes traditionnels, tout plutôt que de confondre la cause avec les motifs, comme si depuis longtemps il n'était pas sous-entendu, sans peut-être au fait qu'ils s'en doutent, que la cause est un motif ou plus exactement un mobile ; (le mobile est, remarquons-le, le motif envisagé sous l'angle pratique, en tant qu'il produit l'action). Sans doute ces causalistes, dans l'application de leurs formules générales, oublient une partie des mots prononcés, et objectivent trop vite ; sans doute, pour beaucoup d'auteurs pressés, cette confusion entre le mobile et l'objet du contrat, s'est établie dans le même sens. Mais nous avons vu que, dans sa formation historique, la cause apparaissait bien comme un mobile, que le mouvement essentiel, portait à analyser toujours un peu plus de la volonté ; que les auteurs donnent de la cause cette définition d'ailleurs unanimement acceptée « mobile immédiat, mobile déterminant ou mobile juridiquement suffisant », c'est-à-dire toujours mobile, que les règles qui accompagnent la notion de cause ne peuvent s'expliquer, se poser même en dehors de ce sens subjectif, et que c'est avec ce sens subjectif

seul qu'il est possible de concevoir la fausseté de la cause.

A vrai dire, la seule innovation aurait consisté à remplacer un mobile général, abstrait, par un mobile particulier et individuel. Mais cet esprit général et abstrait de bienfaisance ou bien n'a pas de sens pratique, ou à la rigueur peut dans certains cas se justifier, mais certains cas exceptionnels de donations. Il y a des libéralités, adressées à des pauvres en général, dont on peut comprendre que le mobile déterminant soit cet esprit général de bienfaisance — et encore n'y aurait-il souvent qu'une simple attitude religieuse ou morale, sans préoccupation du contenu de l'acte religieux ou moral, — mais les donations qui s'adressent à des personnes déterminées, ayant d'autre titre de définition que leur seule indigence, trouveront ailleurs leur véritable sens. Au surplus, quand bien même cette formule d'esprit de bienfaisance serait pratiquement exacte, pourquoi n'en pas envisager l'aspect particulier qui peut le revêtir dans chaque hypothèse de fait; alors que dans le contrat à titre onéreux on ne se contente pas de l'esprit d'intérêt en général, et qu'on a bien soin au contraire de chercher le caractère précis de cet esprit d'intérêt, et de considérer l'obligation spéciale, dans laquelle il se définit(1).

(1) Il est très remarquable en effet que la théorie classique se définit dans ces termes essentiels par ce manque d'équilibre, qui d'un côté place la cause des contrats à titre gratuit dans l'esprit de bienfaisance, et celle des contrats à titre onéreux soit dans la considération de l'obligation correspondante, ou de la prestation effectuée. Si

C'était là, du moins, l'opinion du fondateur même de la notion de cause, et la jurisprudence actuelle trouve en effet dans Domat, le guide le plus autorisé de sa nouvelle direction. La cause, pour lui, n'était pas dans l'esprit de libéralité, mais bien, comme nous prenions soin de l'indiquer, soit « dans un service rendu, soit dans quelque mérite du donataire ; soit dans le simple mérite de faire le bien ». Et tout cela est d'une psychologie irréprochable.

Bien mieux, le Code civil a dans un de ses articles, relatif à l'erreur sur la personne, implicitement reconnu cette doctrine. L'article 1110 déclare littéralement, en effet, que l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité « à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de l'obligation ». Et l'on est d'accord pour reconnaître que c'est à propos des contrats de donation, que cet alinéa de l'article 1110 est surtout écrit. Or, dans quelle hypothèse pratiquement une donation peut-elle contenir une erreur sur la personne ? C'est lorsque la personne, à qui on adresse la donation, n'a pas

cette théorie cherchait à être logique, après avoir défini dans les contrats à titre gratuit la cause de la manière dont elle le fait par l'esprit de bienfaisance, elle devrait la définir dans les contrats à titre onéreux par l'esprit d'intérêt en général. Si elle analyse et précise cet esprit d'intérêt en général, si elle en donne les caractères particuliers, concrets, que cet esprit d'intérêt présente dans chaque contrat, n'est-il pas normal de remplacer dans les contrats à titre gratuit l'esprit de bienfaisance par les mobiles qui lui donnent le sens précis qui le décrit.

le titre qu'on lui prêtait, et qui a fait conclure. Je crois adresser une libéralité à mon frère, ce n'était pas mon frère ; à un enfant naturel, après coup j'apprends que je n'en étais pas le père ; on ne conçoit pas l'erreur sur la personne, autrement qu'une erreur sur les qualités de la personne. Dès lors l'erreur sur la personne, c'est, jusqu'à l'évidence, la cause fausse de la donation, en tant que la cause s'y définit dans le sens trouvé par la jurisprudence, dans le sens des motifs déterminants. Et non seulement le Code déclare qu'en cas d'erreur sur la personne, en tant que la considération de la personne est déterminante, il y a lieu à nullité du contrat, ce qui est rigoureusement la doctrine que nous avons examinée plus haut, mais cet article 1110 va jusqu'à employer le mot de cause, puisqu'il s'exprime ainsi : « à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de l'obligation. » A supposer même qu'il n'y ait pas dans cette expression, l'intention très consciente de vouloir donner de la cause un exemple d'occasion, du moins, ce fait de trouver, pour rendre sa pensée, ce seul terme, qui la traduise, et d'en affirmer ainsi, fût-ce par surprise, le sens inévitable, fortifie singulièrement l'appui que la jurisprudence pourrait demander au Code civil, pour y reposer son opinion.

Mais surtout, que l'on puisse, plus ou moins tôt, sentir le besoin d'élargir en matière de contrats à titre gratuit, la notion première de la cause, c'est un mouvement général, auquel il faut prendre son parti de céder, que

celui d'une psychologie envahissante, impatiente de décrire tout le contrat, réel, pratique, directement pris dans les faits. La théorie de la cause est née, nous croyons l'avoir montré, de préoccupations subjectives : elle fait apparaître un mobile, mais c'est un mobile général, théorique, avec je ne sais quelles prétentions rationnelles, tendant à dégager l'essence juridique d'une convention, et c'est dans le contrat à titre gratuit que cet effort et ce résultat accusaient le plus de relief. La formule y est à ce point élevée au-dessus de la réalité, qu'il n'y a plus aucun moyen d'y redescendre, et c'est ainsi que de nombreux critiques n'ont pas eu de peine à en montrer la complète stérilité. C'était dire que cette formule était à reprendre. Quant à la nouvelle définition demandée aux faits, sans autre intermédiaire, par une jurisprudence, dont nous avons montré la formation toute instinctive, d'avance elle ne semble pas suspecte ; ici c'est bien en effet la convention particulière, libre, individuelle, jugée non pas par rapport à un cadre a priori, mais pour ainsi dire se jugeant elle-même, directement, autant que ce mot conserve un sens ; c'est bien le point de vue économique, strictement économique. L'activité contractuelle est non pas construite, mais décrite. Et quant à la limitation des éléments dont il faut tenir compte, elle est demandée au même critère, puisque, nous l'avons vu, figure comme cause le mobile déterminant, celui en l'absence duquel on n'aurait pas conclu.

2. Contrats à titre onéreux.

Le mouvement jurisprudentiel ne s'est pas limité d'ailleurs aux contrats à titre gratuit ; il a gagné peu à peu certaines conventions à titre onéreux, où en dehors du mobile strictement juridique, et nous avons pu le voir, pratiquement inefficace, se définir sous la notion de cause, le mobile actif, utile pour ainsi dire, qui donne à la convention sa véritable couleur, et il semble ainsi que ces cadres rigoureux de conventions à titre onéreux et de conventions à titre gratuit se brisent, sous la poussée d'une réalité, qu'ils étaient impuissants à contenir.

N'avons-nous pas vu déjà dans les contrats à titre gratuit, à propos des donations affectées de conditions illicites, la cause se définir de même manière que pour les conventions synallagmatiques ? La cause y est alors la charge, l'obligation correspondante imposée au donataire, c'est-à-dire la notion même de la convention synallagmatique, où chaque obligation se sert réciproquement de cause ; et cependant, la jurisprudence affirme bien être toujours en présence de contrats à titre gratuit. De ce côté par conséquent, nous avons à constater un premier enjambement, qui est de nature à inquiéter sur la ligne de démarcation ainsi élevée entre les contrats.

Mais surtout, dans les conventions à titre onéreux, soit

qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques, ou de contrats unilatéraux réels, c'est-à-dire de l'un ou de l'autre terme de la distinction que nous avons vu affirmer par la théorie classique, la cause n'est plus seulement, soit l'obligation adverse de celle qu'il s'agit de causer, soit la considération de la prestation reçue, mais le mobile commun aux parties, le but économique, comme la fonction de la convention.

C'est à propos des *maisons de tolérance* que la jurisprudence a étendu le plus largement possible le système dont nous parlons, et, on peut le dire, comme établi toute une doctrine originale. Tous les contrats, qui alimentent en quelque sorte ces genres d'établissements, se trouvent annulés, et autour d'eux le silence s'est fait, juridiquement parlant, à ce point instructif, que ces institutions vivent désormais d'une vie clandestine, artificielle, hors du droit.

Ce n'est pas seulement, en effet, le contrat de vente de la licence, le contrat de louage de services entre le tenancier et ses pensionnaires qui sont annulés, et où la cause peut bien se révéler comme contraire aux mœurs avec la formule classique elle-même mais la jurisprudence annule tous les autres contrats, qui, en fin de compte, aboutissent à ces maisons de tolérance.

D'abord, les contrats de vente de l'immeuble qui permet l'exploitation ; il est clair, cependant, qu'à envisager la règle classique, le contrat est valable ; d'un côté le prix, de l'autre la maison, qui sans doute peut servir à

cette exploitation, mais qui en elle-même se distingue de la licence qui y sera exercée (1).

Le louage de la maison de tolérance est au même titre annulé ; là aussi, la cause, pour les causalistes traditionnels, demeure irréprochable, et ce n'est qu'autant qu'on se préoccupe du motif psychologique qui anime l'opération qu'on voit apparaître quelque immoralité (2).

Bien mieux, car dans cette hypothèse, la convention est plus détachée encore de la maison de tolérance, et a priori y est singulièrement étrangère, dans le prêt de deniers devant servir à l'achat d'une maison de tolérance, il y a, dit la jurisprudence, cause illicite. Nous sommes

(1) Riom, 30 nov. 1893 (S. 1894, 2. 75).

(2) Alger, 9 mai 1894 (D. 1895, 2. 24). « Attendu qu'en décidant que le contrat de location et les conventions y annexées intervenues entre Loumiet et la veuve Gardon avaient eu pour objet la cession et l'exploitation d'une maison de tolérance et conséquemment une cause illicite, l'arrêt entrepris (il s'agissait d'un arrêt de défaut) a fait des circonstances du procès aussi bien que du droit une exacte application ; Attendu d'ailleurs, que tenanciers l'un et l'autre de maisons de prostitution, chacun des contractants a eu à l'opération illicite une part et un intérêt commun ; — Attendu que tel qu'il est porté aujourd'hui devant la justice, le litige qui divise les deux plaideurs n'a donc manifestement d'autre but, pour la femme Gardon, que de se maintenir dans des locaux où depuis deux ans elle fait métier d'exploiter la prostitution, pour Loumiet de rentrer en possession de ces mêmes locaux, où, jusqu'à la cession qu'il a consentie, il se livrait à la même exploitation ; — Attendu qu'illicite dans sa cause, plus illicite encore dans le but qu'elle poursuit, une telle action ne saurait, de part et d'autre, trouver accès dans le prétoire, et que dans l'état d'une turpitude commune, les prétentions de l'une comme de l'autre partie doivent être repoussées... »

en présence cette fois d'un contrat unilatéral réel, où l'École nous a appris, que la cause de l'obligation de restituer était dans la prestation des deniers, et il faut en convenir, cette prestation en elle seule est entièrement incolore, sous l'angle moral ; et puis, le contrat dont il s'agit, n'annonce guère le but auquel il tend ; mais l'on sait qu'il y conduit, que son sens économique, connu des deux parties (car c'est là une des conditions essentielles notées par la jurisprudence) est de permettre la maison de tolérance, et nous voyons les tribunaux se préoccuper de barrer en quelque sorte toutes les voies, directes ou non, qui s'orienteront de ce côté (1).

Pas plus qu'ils ne permettent l'établissement des maisons de tolérance, ils n'en autoriseront d'ailleurs le fonctionnement. C'est ainsi qu'on a annulé la vente de bouteilles de vin de champagne destinées à une maison de

(1) Cass. 1873 (S. 74. 1. 241) ; Cass. 95 (D. 95. 1. 263). Pourvoi formé spécialement sur ce moyen que : « l'arrêt attaqué, confondait le motif d'un contrat avec la cause juridique... alors que la cause de l'obligation résidant dans la tradition des espèces était parfaitement licite... »

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que l'obligation souscrite par les époux Faivre au profit de la dame Berthier avait pour cause l'acquisition d'une maison de tolérance. — Que chacune des parties contractantes a pris une part égale à cette convention, dont les héritiers de la dame Berthier ont poursuivi l'exécution ; — Que c'est à bon droit dès lors que la Cour de Paris a déclaré mal fondée la demande formée par ces derniers, tant à titre de remboursement de la somme prêtée qu'à titre de répétition de cette même somme, comme ayant été indûment payée... »

Rejette... »

tolérance (1) et j'ai à peine besoin de dire les protestations que cette décision a immédiatement soulevées. C'est ainsi également que la Cour de cassation a déclaré ignorer les services de domesticité, qui en eux-mêmes n'avaient rien d'immoral, rendus par une personne employée dans un établissement de ce genre (2). Nous le voyons donc, la jurisprudence fait de ces maisons de tolérance, des maisons closes hermétiquement, où il importe que ne pénètre aucun secours juridique quel qu'il soit, dont l'approche même est pudiquement interdite à la moindre règle de droit.

Remarquons d'abord, que, pour juger cette jurisprudence, nous n'avons pas à nous inquiéter de la question de savoir, s'il y a une opportunité plus ou moins grande à placer toutes ces barrières autour d'institutions qui, sans être reconnues d'utilité publique, n'en jouissent pas moins d'une licence administrative qui ressemble à un encouragement juridique; nous n'avons pas davantage à résoudre ici un problème de moralité, qui est un problème de fait. Mais, il faut en convenir, si vraiment cette institution heurte la moralité actuelle, s'il importe de la défendre contre elle, si la société y a intérêt, la défense de la moralité, entreprise par la jurisprudence, peut difficilement être plus efficace; et du côté social, on ne voit pas très bien d'où naîtrait la critique.

(1) Cette espèce est rapportée dans Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 53.

(2) Cass. (D. 91. 1 484).

Elle arrive à ce résultat, nous l'avons vu, en remplaçant, comme pour les contrats à titre gratuit, le mobile juridique établi par l'Ecole, par le mobile psychologique. La question n'est plus : « Comment est-ce un prêt ? », mais « pourquoi ce prêt s'est-il produit ? » Et il est clair que cette seule manière de poser la question peut présenter de l'intérêt : « pourquoi le contrat est-il intervenu ? » Cette cause nouvelle n'est plus la cause de l'obligation, envisagée de l'angle en quelque sorte théorique, vue avec des préoccupations de connaissance spéculative, mais en effet la cause du contrat. Au lieu d'isoler chacun des contractants, de décomposer artificiellement l'opération, elle prend l'opération en elle-même dans son sens économique, actif. Quel est le but de cette convention ? et ce but seul nous dira pourquoi elle a apparu ; quelle est sa signification, sa valeur ? D'abstraite qu'elle était, détachée de façon factice, elle est ainsi replacée dans la réalité, dans le milieu où elle s'insère, auquel elle demande sa véritable couleur.

Le but du contrat, qui nous en révèle l'utilité de fait, bien entendu ne peut se déduire d'aucune classification *a priori*, dans le genre de celle qui a été établie par la doctrine traditionnelle : il n'est plus question de types de contrats d'avance catalogués, et nous avons pu remarquer qu'un contrat unilatéral réel, qu'un contrat synallagmatique peuvent avoir une même cause (1).

(1) Se reporter à l'arrêt de Cass. (D. 93. 1. 263) cité plus haut page 12, n° 1.

Dans la théorie traditionnelle, la question se trouvait singulièrement simplifiée ; dès l'instant, où le mobile ressortait invinciblement de la nature de la convention examinée, les deux contractants étaient nécessairement au courant de la cause : ici, il peut en être différemment, d'où la jurisprudence a bien soin d'exiger comme une des conditions essentielles, que le motif soit connu des deux parties, et cette condition est reproduite invariablement dans toutes les décisions que nous venons d'interroger (1).

Cette doctrine, que nous avons trouvée aussi particulièrement illustrée dans l'exemple des maisons de tolérance, ne s'est pas limitée à cette espèce seulement.

Les solutions, admises en matière de courtage matrimonial, ne pourraient s'expliquer uniquement par la notion classique de la cause.

La jurisprudence admet en effet que les conventions,

(1) Les arrêts que nous avons cités sont significatifs à cet égard ; Alger, 9 mai 1894 (Voir p. 120, n° 2).

« Attendu d'ailleurs que tenanciers l'un et l'autre de maisons de prostitution, chacun des contractants a eu à l'opération illicite une part et un intérêt commun. Cass 93 (Voir p. 121, n° 1).

« Attendu que chacune des parties contractantes a pris une part égale à cette convention... »

Et ainsi tombe nécessairement une des critiques les plus graves faites à cette jurisprudence : il ne s'agit pas d'un mobile intérieur, personnel, secret, insusceptible dès lors d'être connu, et, prêt à jeter dans les relations un trouble et un imprévu constants ; ce mobile qui exprime le but pratique de la convention est nécessairement extériorisé et facile à découvrir.

par lesquelles une personne s'engage, moyennant rémunération, à faire réussir une union matrimoniale doivent être annulées pour cause illicite; elle reconnaît cependant le droit de se faire indemniser des dépenses, des démarches faites dans le but du rapprochement à réaliser. Avec la seule notion de cause illicite envisagée par la doctrine classique, un pareil contrat ne pourrait être atteint, à plus forte raison, donner lieu à la distinction que la jurisprudence dégage. C'est parce qu'on s'inquiète de la psychologie particulière des contractants, parce qu'on définit le but même de ce contrat, qu'on se rend compte du trouble qu'il apporte aux principes normaux de la famille et du mariage, et qu'on lui refuse toute sanction juridique (1).

C'est rigoureusement avec les seuls termes de cette théorie de la cause, ainsi élargie, que la Cour de cassation a pu également annuler le prêt d'argent, fait par un garçon de cercle à un joueur pendant une partie (2).

(1) Voir en ce qui concerne le courtage matrimonial, ce que nous avons déjà indiqué, page 61. La distinction que nous uotons est spécialement exprimée dans les décisions suivantes : Cass. civ , 1^{er} mai, 1855 (D. 55. 1. 147). Rapport du conseiller Laborie. Nîmes, 18 mars 1884 (S. 84. 2. 100) ; Paris, 27 oct. 1892 (D. 93. 2. 271) ; Besançon, 6 mars 1895 (D. 95. 2. 224).

Elle est doctrinalement approuvée par la majorité des auteurs. Aubry et Rau, Demolombe, Larombière, etc.

(2) Cass. req. 4 juillet 1892 (D. 92. 1. 500). Cet arrêt ne prononce pas le mot de cause ; et il semble qu'il n'ait pas très nettement appliqué cette doctrine ; toutefois on peut y voir un appui inconscient de la même idée, car sans cette notion, juridiquement cette opération ne pourrait être atteinte.

Une espèce, particulièrement caractéristique, met aussi en relief cet élargissement jurisprudentiel, qui transporte la cause à des motifs qui certainement sont étrangers à la définition classique. Un candidat à une élection municipale avait passé avec un cafetier une convention, aux termes de laquelle il payerait à ce cafetier les consommations délivrées à ceux qui viendraient se restaurer dans cet établissement. Le but pratique de cette convention était de faire appel, sous cette forme, à un moyen de corruption électorale. Aux termes de la théorie classique de la cause, les deux causes étaient, pour l'obligation du restaurateur, le paiement de la somme promise, pour celle du candidat, le versement des consommations. Le tribunal de Tarbes résume ainsi sa doctrine : « Attendu que vainement le demandeur voudrait distinguer entre la cause de la dette des défendeurs, cause qui d'après lui résiderait dans la livraison des marchandises, et la destination des dites marchandises, qui serait seul « le motif » de l'obligation, — Attendu en effet que la jurisprudence repousse avec raison cette distinction, quand il est certain comme en l'espèce que l'objet du contrat doit, dans l'intention des parties, au moment de la convention, servir à un usage prohibé, car alors le motif est en connexion si étroite avec la cause que le caractère illégal ou immoral de l'un, affecte nécessairement l'autre... » (1).

(1) Trib. de Tarbes, 14 mars 1899 (D. 1904, 2. 202). De même espèce semblable. Trib. de Castelnaudary, 23 juin 1902 (D. 1904, 2. 202).

CHAPITRE VI

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE

Le moment paraît venu maintenant de juger ce mouvement jurisprudentiel, et de synthétiser pour cela toute cette longue orientation, dont cette jurisprudence n'est que le point aboutissant.

Nous nous sommes efforcés de montrer en effet, le long de cette étude, cette pénétration toujours plus insistante du droit contractuel dans le domaine psychologique, et c'est l'histoire de cette pénétration que nous avons essayé avant tout de retracer. D'abord, dans le droit romain, nous avons vu la convention se définir dans des rites, dans des formules, dans des gestes ; la volonté n'apparaissait que derrière ces rites, ces formules, ces gestes ; puis, peu à peu, la lutte s'engage, et la volonté insensiblement se soulève au dessus du formalisme qui l'emprisonne. C'est bien désormais cette volonté qui fait le contrat, ce contrat est devenu consensuel ; mais c'est la volonté limitée à l'acte final où elle s'exprime, la volonté définie dans ce seul moment de

son expression, photographiée pour ainsi dire à ce moment même. La cause ne se dégage que peu à peu.

Lorsque cette formule de la cause vient à prendre un caractère définitif, nous assistons surtout à cette intention d'étendre, d'élargir la volonté jusqu'ici inconsciemment rétrécie ; cette cause est, nous l'avons vu, le mobile immédiat, c'est-à-dire le moment qui précède l'acte volitif, jusqu'alors seul envisagé ; on pénètre un peu plus encore dans la psychologie du contractant, on remonte un peu plus haut dans l'intention des parties, ou plutôt on s'efforce d'y atteindre.

Mais, nous l'avons montré, cet effort demeure impuissant, car, en fait, le mobile qu'on distingue est le mobile abstrait, théorique, exprimant une certaine nature juridique du contrat, dégagée a priori mais trop rigide ou artificielle. Les cadres de ces conventions désormais exclusivement consensuelles, entendent bien avant tout traduire la psychologie des contractants, et la grande classification de contrats à titre onéreux et de contrats à titre gratuit s'efforce de définir leur attitude psychologique ; mais ces cadres sont trop larges, pour arrêter et limiter la multitude infiniment plus variée et complexe des activités contractuelles. Il s'agit, dès lors, d'une étude nécessairement stérile, désintéressée, toute spéculative, qui reste étrangère à la réalité plus souple, plus nuancée, qui ne rejoint pas la vie ; ces activités contractuelles ont beau jeu à passer entre ces règles juridiques nouvelles, soucieuses de les atteindre cependant jusque

dans leur effort intime ; à ruser avec elles, à les surprendre en opposant à leur raideur leur propre ingéniosité.

La jurisprudence que nous avons longuement analysée prolonge ce même mouvement subjectif, en l'adaptant plus étroitement aux faits : au lieu de ce mobile juridique, c'est le véritable mobile psychologique qui se trouve interrogé, non plus le mobile général, accroché à la nature du contrat, invariable pour toute convention répondant à un type analogue. Autant de conventions en effet, autant de mobiles divers ; autant d'activités contractuelles, autant de buts distincts, et c'est cette psychologie individuelle, de pur fait, toute descriptive, que la jurisprudence rend désormais nécessaire. Par là, la convention descendue de l'abstraction dans l'action, s'éclaire, se colore, pleinement réelle, vivante ; son sens n'est plus un sens juridique, soi-disant rationnel, mais le sens pratique, économique. Les activités contractuelles se développent par rapport à elles seules, interrogées directement en elles-mêmes.

Et ce mouvement d'ailleurs est d'autant plus sûr, qu'il ne s'est point limité à ce domaine contractuel, et qu'il a gagné la définition de tous les droits quels qu'ils puissent être, bien mieux qu'il paraît s'agir d'un mouvement général de la pensée, en dehors du terrain strictement juridique. Ce besoin de passer des gestes, des rites, des attitudes, aux volontés, aux états d'esprit aux intentions, ce besoin de descendre les principes au

niveau des individualités, d'en demander la source et la définition à ces individualités mêmes, se retrouve dans toutes les formules les plus diverses. Les dogmes littéraires se brisent pour laisser libres les seules sincérités, et pour se reconstruire sur leur simple description, le pouvoir politique s'abaisse jusqu'à demander sa légitimation à une sorte de contrat social émanant des individualités au-dessus desquelles il planait jusqu'alors, les préceptes moraux deviennent des croyances morales, sans autre soutien que leur coexistence de fait dans des consciences momentanément en accord, et parmi les moralités transcendantes, elles s'individualisent du moins dans une casuistique particulièrement instructive ; il n'est pas jusqu'à la religion qui n'essaie cet étrange tour de force, de limiter aux croyances individuelles la définition et la création même de ses divinités (1).

Nous rappelions, au début de notre introduction, ces conclusions, également générales, nous montrant le droit imprégné de croyances, leur demandant sa seule raison d'être et l'ensemble de ses directions (2).

Et la démonstration de ce point de vue s'illustre de façon spéciale dans la nouvelle notion d'abus de

(1) Les nouvelles doctrines du modernisme, qui prolongent jusqu'à ses conclusions extrêmes l'effort du protestantisme sont en effet remarquables à ce point de vue.

(2) Voir *Introduction*, page 1, et note 1 de la page 1.

droits (1), dont il paraît au premier² abord que l'idée de cause, au moins en tant qu'elle s'examine sous l'angle de l'illicéité, soit elle-même un des aspects, et à propos de laquelle, nous avons maintenant à en préciser les rapports.

Jusqu'ici il semblait, en effet, que les droits existent comme des entités intangibles, illimitées ; ils ont par eux-mêmes, par eux seuls, une vertu, une souveraineté définitive ; formulés de haut, comme en dehors de l'action, figurant à leur manière des catégories rationnelles, on s'aperçoit aujourd'hui que, replacés dans la réalité, ils se compliquent et se déforment ; on s'aperçoit surtout qu'ils n'existent que par rapport aux individualités qui les exercent, et que c'est après le seul raccord, pourrait-on dire, de ces droits et de ces individualités, qu'ils prennent leur sens et leur couleur, qu'ils deviennent des droits vivants et actifs. Il n'y a pas des droits tout simplement, mais des personnes qui exercent des droits ; et il importe d'étendre, d'étirer, d'assouplir les définitions. Nous avons vu en effet que l'individualité n'est pas exprimée tout entière dans l'acte intérieur, qui paraît la traduire, mais qu'elle doit être recherchée dans le mobile qui l'explique, qui en fixe la direction. Il s'agit dès lors d'interroger ce mobile, de faire en ce sens œuvre subjec-

(1) Se reporter plus spécialement aux notions essentielles si fortement mises en relief par M. Jossierand. *De l'abus des droits*, 1905.

tive, et par là la notion d'abus de droit, la notion de cause coïncident exactement. C'est, de part et d'autre, ce souci semblable de dégager l'orientation du droit ou du contrat, le but individuel que lui assigne la personne qui s'en sert.

Mais la cause et l'abus de droit, ayant ainsi même point de départ, paraissent cependant se distinguer à leur point d'arrivée (1). La cause illicite, l'abus de droit ne se reconnaissent point au même criterium. Il semble que la cause illicite amène à défendre directement la société elle-même, l'abus de droit, l'individu seul, au moins de façon immédiate.

Nous avons pris soin en effet de montrer dans la définition de l'illicéité, que la loi, les bonnes mœurs, l'ordre public, qui précisent la barrière arrêtant le contrat, représentent exclusivement l'aspect social; la convention avec cause illicite porte atteinte à cet aspect social, et c'est pourquoi on l'annule. Personne de façon particulière ne souffre de ce mobile illicite.

Mais dans l'abus de droit, quelqu'un est toujours atteint par la direction anormale de l'exercice du droit; quel que soit le critère auquel on s'adresse

(1) M. Jossierand ne paraît pas marquer de distinction entre l'abus de droit dans le domaine contractuel, et la cause illicite; il fait de la cause illicite un des cas d'application de la notion d'abus de droit sur ce terrain du contrat, et à vrai dire l'angle sous lequel il envisage ces notions, ne conduisait pas à la distinction, que notre étude est naturellement portée à préciser.

pour caractériser le mobile, qui fait dégénérer le droit en abus, qu'il s'agisse d'intention de nuire, de fraude, de motif illégitime (1), c'est toujours en effet la défense d'une personne déterminée, qu'on entreprend ou contre cette intention de nuire, ou contre cette fraude, ou contre ce motif illégitime. Un propriétaire, qui élève une cheminée sur son toit, dans la seule idée de masquer la vue à son voisin, le plaideur qui engage un procès contre un tiers, dans un seul but méchant et vexatoire, le fiancé qui abandonne sans motif légitime un projet de mariage, celui qui, sans motif légitime également, révoque le mandat qu'il a donné, empiète directement sur le terrain d'un tiers par la direction jugée illicite de son activité. Peut-être, dans la définition plus précise de l'abus, du motif légitime, faudra-t-il envisager le caractère social du droit examiné, et dans ce cas, en fin de compte, défendra-t-on un point de vue effectivement social, l'abus de droit conserve comme destination immédiate, au contraire de la cause illicite, la défense d'un individu.

Sous cette réserve, toutes deux, ces notions répondent à la même méthode, et présentent les mêmes bénéfices. Adapter plus étroitement à la réalité des principes juridiques, qui, parce qu'ils sont formulés, contiennent une inévitable raideur ; joindre et suivre les faits, et parmi ces faits, ceux qui ne sont pas révélés encore, et n'ont pu être prévus ; faire vivre des institutions anciennes pres-

(1) C. f. Jossierand, *Abus des droits*, p. 43 à 59. (Elément constitutif, criterium de l'abus de droit).

que dans une atmosphère nouvelle ; c'est-à-dire permettre à ce qu'on appelle l'équité de tempérer ou de féconder le droit.

CHAPITRE VII

ORIENTATION PROBABLE DE LA CAUSE LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

Nous l'avons vu, la notion de cause intervenait dans la théorie classique à deux points de vue distincts, point de vue individuel, point de vue social. Il s'agit de faire respecter toute la volonté, jusque dans ce prolongement psychologique qui s'appelle la cause, il s'agit aussi de défendre la société contre cette volonté, définie de manière aussi complète. Or, nous avons pu le remarquer, cet élargissement de la cause, tenté par la jurisprudence, n'est intervenu qu'à ce second point de vue social ; on fait tomber le contrat, dont un certain mobile est jugé illicite ; on ne s'inquiète pas de la question de savoir, si ce certain mobile se réalise ou non, pour prononcer la validité de la convention. Et c'est à coup sûr un des traits caractéristiques du mouvement actuel, que cette préoccupation de dévier au seul profit de la société cette orientation subjective. Dans les contrats à titre gratuit, les exemples que nous avons pu examiner se

réfèrent tous à la cause illicite ; si la modification de l'article 900 se trouve être, en fin de compte, un bénéfice individuel, et aboutit au respect de la volonté contractante, ce n'est là qu'un résultat occasionnel, obtenu par le caractère d'illicéité de la condition ; dans les contrats à titre onéreux, c'est le mobile, contraire aux mœurs ou à l'ordre public, qui est uniquement inquiété.

Et ceci est d'autant plus digne d'attention, que si nous nous adressons aux législations, qui paraissent prolonger l'orientation actuelle, et marquer le sens d'avenir, nous nous rendons compte que cette distinction est soulignée et même particulièrement illustrée. Le Code allemand qui ne parle plus de cause, maintient les motifs illicites, et d'ailleurs sans aucune espèce de limitation (1).

La notion de cause y est effacée, disons-nous, et ce n'est guère que dans les Codes anciens qu'elle est main-

(1) Le premier projet du Code civil allemand déclarait que le caractère illicite d'un acte juridique ne peut être recherché que dans le contenu de la déclaration, comme la volonté dont il s'agit d'obtenir la réalisation se limite nécessairement à ce contenu de la déclaration. Et la symétrie s'établissait ainsi entre le point de vue social et le point de vue individuel

La seconde commission a entièrement abandonné cette conception ; en ce qui touche cette question d'illicéité, le juge sort des termes de la déclaration, il s'adresse aux motifs auxquels la volonté a obéi, alors qu'ils n'ont pas été consignés dans cette déclaration, et sans qu'on distingue suivant le caractère de ces motifs (Voir sur tous ces points, Saleilles. *De la déclaration de volonté*, p. 259, 260 et suiv.).

tenue : le Code italien, le Code espagnol l'ont conservée, mais le Code suisse l'a impitoyablement rayée (1).

Le Code allemand résume aussi complètement qu'il est possible la position nouvelle. Sans doute, il proclame le principe de l'autonomie de la volonté, mais il prononce que ne se réalisera juridiquement que l'engagement inscrit dans la déclaration : c'est la déclaration qui détermine le contenu de l'acte (2). L'expression de la volonté seule engage, et, selon les termes consacrés, compte uniquement non la volonté réelle, psychologique, mais la volonté formelle. On arrête donc la volonté à l'acte final auquel elle aboutit, et c'est dire jusqu'à l'évidence, qu'on supprime tous mobiles qui ont amené la volonté à cette attitude finale. Bien mieux, pour apprécier cette volonté formelle, on ne s'adressera pas aux circonstances particulières qui entourent et comme déterminent la déclaration, afin d'avoir le sens exact que la partie

(1) Le Code italien a reproduit dans ses articles 1119 à 1122 les solutions du Code français sur la cause.

Le Code espagnol a également conservé notre système dans ses articles 1275 à 1277 ; remarquons toutefois cette définition de la cause : « Dans les contrats à titre onéreux, on qualifie de cause pour chaque partie contractante la prestation ou la promesse d'une chose ou d'un service faite par l'autre partie ; dans les contrats rémunératoires le service ou le bienfait qu'on récompense ; et dans les contrats de pure bienfaisance, la simple libéralité du bienfaiteur. »

Le Code suisse se contente de dire (art. 47) que l'objet des obligations ne doit être ni impossible, ni illicite, ni contraire aux bonnes mœurs. De même que pour le Code civil allemand, la notion d'enrichissement sans cause est spécialement maintenue.

(2) Voir également Saleilles, *idem*, pp. 438 et suiv.

contractante entendait lui donner, mais on se demandera d'après les usages, d'après les formules courantes quel sens doit lui être attaché (1). Et si une erreur a pu intervenir, introduisant un sens contraire au sens voulu, il faudra, pour détruire l'effet attaché rigoureusement à la déclaration, attaquer l'acte lui-même et le faire modifier (2). Si bien, que cette législation paraît prendre le rebours des principes d'élargissement de volonté, sous cet angle du moins, dont il semble que soient sorties et la théorie classique de la cause et la conception nouvelle qui, étendant la cause aux mobiles, accuse davantage encore ce mouvement (3).

(1) Saleilles. *Déclaration de volonté*, pp. 227, 228 et suiv.

(2) Article 119 du Code civil allemand : « Celui qui en émettant une déclaration de volonté, était dans l'erreur sur son contenu, ou qui n'avait nullement voulu émettre une déclaration dont le contenu fût ce qu'il a été en réalité, peut attaquer sa déclaration, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il n'aurait pas fait cette déclaration s'il avait eu connaissance du véritable état de choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation. »

Il y a lieu de considérer comme erreur sur le contenu de la déclaration celle qui porte sur certaines qualités de la personne ou de la chose, qui soient de telle nature qu'au point de vue de la pratique des affaires, on doive les regarder comme essentielles. »

(3) Ce système de la déclaration accuse encore dans l'hypothèse du billet non causé la netteté de ces formules.

En droit français, l'article 1132 porte que « la convention n'en est pas moins valable, bien que la cause n'en soit pas exprimée », c'est-à-dire qu'en principe celui qui s'est reconnu débiteur sera considéré comme valablement obligé, bien que le billet qu'il a signé ne mentionne pas la cause de son obligation. Mais il ne s'agit ici que d'une présomption légale, que le débiteur peut faire tomber, et il est admis en effet que s'il y a fausse cause, il peut faire annuler cet en-

Et prenons-y garde, il y a indépendamment du Code allemand, dans notre législation même, toute une orientation doctrinale, qui de plus en plus s'efforce de ruiner le système de l'accord des volontés. Le contrat, tel que nous le définissions dans la conception du Code civil, paraît en effet de plus en plus menacé. Pratiquement, on aperçoit que cette rencontre de deux volontés, seule créatrice d'effets juridiques, ne se réalise guère en fait. Dans les contrats entre absents, il est clair que cet accord ne peut s'obtenir ; dans les contrats d'adhésion, il est également démontré, que la partie qui adhère ignore la multiplicité des clauses enfermées dans le fait de sa simple acceptation ; et s'il n'y a pas même accord dans l'acte de conclusion, il est ironique de le chercher plus haut. Dans les contrats matrimoniaux, à qui fera-t-on croire, qu'il y a rencontre des deux volontés fût-ce sur les termes constitutifs de la convention ? Les règles minutieuses des régimes matrimoniaux sont ignorées des parties ; si elles les connaissaient, elles les modifieraient souvent, et l'on ne peut évidemment parler de présomption de volonté, sans aller contre les faits

gagement, et de même si la cause est illicite, il peut arguer de ce caractère illicite.

En Allemagne, d'après le nouveau Code civil, il est attribué à l'écrit la force obligatoire qu'avait en droit romain la stipulation ; aux termes de l'article 780, c'est la promesse même qui est la cause de l'obligation, et c'est bien le système de la promesse abstraite, limitant à la déclaration toute efficacité juridique qui est le système admis.

mêmes. Ici ce ne sont point les volontés qui créent le droit, et cependant il paraît s'agir de contrat. Bien mieux, la formule connue, le moule classique apparaissent comme démodés. Des types de contrats, entièrement nouveaux, jettent un certain trouble dans la tranquillité des esprits inquiets de traditions.

Ainsi donc, s'affirme cette contradiction indiscutable entre ces deux aspects de l'ancienne notion de cause :

D'un côté extension de la cause aux mobiles de plus en plus individuels, prolongement dans un sens de plus en plus psychologique du mouvement subjectif commencé dans le droit romain, affirmé par la théorie de la cause, élargi par la jurisprudence, décidément et formellement consacré par le Code allemand, qui proclame la nullité pour motifs illicites, sans aucune espèce de limitation ; de l'autre, dans le sens individuel, ou la cause en reste à sa définition classique, alors que dans le sens social elle s'est déplacée (et à ce point de vue nous nous rendons compte que l'ancien système d'accord de volontés, dont elle semblait la résultante, semble voué à une condamnation certaine), ou même cette formule ancienne est complètement supprimée, et avec le système de la déclaration, il paraît que nous revenions en arrière jusqu'au formalisme romain à peine remanié.

Et c'est qu'en effet, dans cette longue évolution, dont cette étude a essayé de marquer les étapes, il se produit comme certaines corrections nécessaires, qui n'en

constituent qu'une adaptation minutieuse, et à laquelle nous arrivons maintenant. Une doctrine, un principe se dégagent, au début trop général, trop exclusif, n'ayant pas eu le temps de l'accommodement ; cela viendra après ; la doctrine, le principe, rapprochés des faits, expérimentés par eux se limeront pour ainsi dire, se nuanceront suivant le point de vue auquel on se place. Certains éléments en seront absorbés, d'autres rejetés. Ce travail opéré, on aura au premier abord certaines difficultés à reconnaître l'intervention ainsi corrigée et de ce principe, et de cette doctrine ; à une analyse plus attentive, on en reconnaîtra l'utilité.

Nous avons vu jusqu'ici se dégager de plus en plus la notion de volonté, et se définir une théorie générale de cette volonté, toujours plus complexe et plus élargie ; théorie générale, qui paraît bien correspondre à quelque chose de réel. Et remarquons-le, nous entendons nous placer ici à un point de vue essentiellement positif ; l'affirmation d'une individualité, comme l'affirmation d'une collectivité, en laissant à ces mots leur signification de pur fait, peut être notée sans aucune préoccupation philosophique, ou plutôt métaphysique. Or les faits expriment ceci avec une éloquence singulière ; au dessus de la collectivité, des règles sociales, des points se détachent qui prennent une couleur originale, distincte ; de la masse confuse, les individualités peu à peu se soulèvent, émergent et dominant. Les contrats sont le procédé par lequel elles substituent aux défini-

tions collectives leur définition propre et leur action.

L'erreur commence, après avoir constaté ce dégagement de la volonté, à généraliser trop vite, à faire une théorie de la volonté, valable pour toutes les situations, de ce qui n'est vrai que pour des situations privilégiées. On a pris en effet pour le fait courant ce qui n'est que le fait exceptionnel, d'où cette doctrine, dominant tous les contrats, et voyant dans toute apparence de convention une volonté dégagée, complexe, affirmée, et on a bâti sur ces bases, le cadre classique, où toutes les conventions sont inévitablement versées. Car c'est là le propre et comme la caractéristique du classicisme ; saisir quelques directions de fait, un sens d'évolution peut-être, le pousser à l'extrême, arrêter la définition ainsi obtenue à son sommet, et revenir expliquer l'expérience, toute l'expérience avec ce qui n'en est que l'idéalisation, à supposer que ce mot conserve un sens.

Encore une fois, en fait, la volonté se dégage, mais de façon plus ou moins entière et plus ou moins variée ; si nous la trouvons parfois très nette et très affirmée, souvent aussi elle se dégage à moitié, elle se soulève à peine au dessus des règles collectives, et c'est ainsi qu'il y a des contrats (les contrats matrimoniaux par exemple) que la société et l'individu font pour ainsi dire en collaboration. De même qu'au lieu de s'affirmer et de se « distinguer » d'un seul coup, des individualités s'unissent à d'autres pour s'émanciper, d'où les contrats collectifs.

Or le droit qui suit les faits, qui décrit sans construire d'avance, laisse se développer dans leur simple sincérité toutes ces traductions d'individualités, telles qu'elles apparaissent, attend qu'elles apparaissent pour les enregistrer; il n'établit pas de présomption dans ce sens, c'est dans le sens contraire, c'est-à-dire dans le sens social que la présomption existe. Et cette présomption tiendra, en d'autres termes les règles collectives subsisteront, tant que la volonté n'aura pas brisé cette présomption, ces règles. Le système de la déclaration a cette signification, que, plus respectueux des faits, il ne présume pas, il se fie à la seule manifestation de volonté, et c'est à partir de cette manifestation, c'est dans la mesure exacte de cette manifestation, que les effets juridiques se déterminent. Toutes les règles du Code allemand sont bien enfermées dans cette formule. Si dans cette déclaration, non seulement l'acte final de détermination, mais les motifs y figurent, c'est toute la volonté, jusqu'au point où elle s'est exprimée, qui en fait se réalisera.

Et c'est parce que la présomption est dans le sens social, que l'on ne doit pas avoir les mêmes scrupules, lorsqu'il s'agit non pas de faire respecter la volonté individuelle, mais de défendre contre elle la société. Cette preuve de motifs illicites peut être cherchée en dehors de la déclaration, pour reprendre la formule employée, dans la volonté psychologique réelle, et non dans la seule volonté formelle. Et ce point de vue en apparence contradictoire s'explique ainsi par ce renversement des

présomptions. Sous cet angle du moins, le point de vue subjectif retrouve ses raisons d'être, et même un prolongement nouveau. Nous l'avons noté, dans l'élargissement jurisprudentiel de la cause en droit français, on limitait l'investigation du droit aux motifs « déterminants » c'est-à-dire qu'on faisait intervenir un critérium individuel ; dans le Code allemand, on atteint les motifs sans se préoccuper d'aucun respect de volonté individuelle ; c'est encore un critérium social, qui marquera la délimitation. L'usage social, l'usage commercial permet-il ou non des investigations ? La sécurité sociale en souffrirait-elle ? critérium lui aussi, bien entendu, essentiellement variable, et qui ne peut être fixé qu'historiquement (1).

Cette dernière position du droit, dans son ensemble et même dans les détails, demeure dans tous les cas, non pas la négation d'un mouvement subjectif, mais comme nous le disions, sa correction et son adaptation

(1) La théorie de la cause limitait à un certain critère dit « juridique » l'investigation psychologique du juge : la théorie jurisprudentielle française, nous l'avons vu, ne tient plus compte de ce critère, étend cette investigation aux autres mobiles, et elle semble réclamer cette double condition qu'ils soient « déterminants » et connus des deux parties. Le Code allemand fait intervenir un critère uniquement social ; la recherche de ce mobile est elle autorisée par les usages, ne présente-t-elle pas de danger au point de vue de la sécurité des relations ? (Voir Saleilles. *De la déclaration de volonté*, p. 266 et suiv.). Et remarquons-le pratiquement la conception française, et la conception allemande sont proches l'une de l'autre, car la jurisprudence française en réclamant que le mobile soit connu des deux parties entend précisément défendre ce point de vue de la sécurité des relations.

plus étroite à la réalité. De cette orientation en effet, qui laisse apparaître la volonté au premier plan du contrat, qui, l'analysant de plus près, y distingue les mobiles, mobiles théoriques d'abord, mobiles individuels ensuite, les conclusions sont en effet conservées, quoique plus habilement utilisées. En ce qui concerne l'illicéité des motifs, c'est bien la même doctrine, plus indiscret, encore s'il est possible ; la société ne se défend pas seulement contre les gestes extérieurement dangereux, gestes abstraits en quelque sorte, si on les détache de l'activité contractuelle qui leur donne leur sens, elle se défend contre l'activité contractuelle tout entière, dans son effort secret, dans le but auquel elle tend, c'est-à-dire dans sa seule définition utile. Si, du côté individuel, ce subjectivisme paraît contenu et même ramené en arrière, c'est uniquement pour les raisons que nous avons exposées, dictées par une situation différente, et par le souci de mieux respecter la réalité de fait qui l'exprime. Subjectivisme redressé, mis au point, plus exactement équilibré ; ainsi provisoirement se termine la longue évolution, que cette étude a cherché à retracer.

Vu ; Lyon, le 29 mars 1909.

Le Président de la thèse,

JOSSERAND.

Vu : Lyon, le 7 avril 1909.

Le Doyen de la Faculté,

FLURER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 7 avril 1909.

Le Recteur de l'Académie, président du Conseil de l'Université,

P. JOUBIN.

BIBLIOGRAPHIE

Droit romain et ancien droit.

DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel ; 2^e édition
Paris, veuve Coignard et fils.

GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain ; 3^e édition,
Paris, Rousseau, 1901.

IHERING. — L'esprit du droit romain, traduit sur la 3^e édition
par O. de Meulenaere, Paris, Marescq aîné, 1897.

POTHIER. — Traité des obligations, Paris, Beaucé, libraire, 1777.

Droit français.

ARBUS. — De la cause illicite. Montpellier 1903, Serre, imprimeur.

ARTHUR. — Etude sur la cause en droit romain et en droit français, 1879, Paris, Pichon, édit.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français.

BARTIN. — Théorie des conditions impossibles et illicites, Paris,
1 vol. 1887, Arthur Rousseau, édit.

BAUDRY-LACANTINIERIE et BARDE. — Traité théorique et pratique
de droit civil. Des obligations 1895, Larose, édit.

BOUVET. — De la cause. Paris 1897.

BOZÉRIAN. — Revue pratique de droit français, 1858, t. IV,
p. 15.

- BRISSAUP. — De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français, thèse Bordeaux, 1879.
- COLIN. — Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles. Paris, 1896, Larose, lib.
- DAUFRESNE. — Dissertation sur la cause, thèse, 1854, Paris, Vinchon, édit.
- DELVINCOURT. — Cours de Code civil.
- DEMANTE et COLMET de SANTERRE. — Cours analytique de code civil, 2^e édit., 1881-1895.
- DEMOLOMBE. — Traité des cont. et des obligations conventionnelles, 1896.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827. 1828.
- GAULY. — Essai d'une définition de la cause dans les obligations. Rev. critique, année 1886, p. 44.
- HUC. — Commentaire du Code civil, 1892 à 1900. Paris, Cotillon, édit.
- JOSSERAND. — De l'abus des droits, 1905, Paris, Arthur Rousseau, édit.
- LABORIE. — Rapport devant la Cour de cassation au sujet de contrats d'entremise matrimoniale, D 1855, 1. 147.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 1857, Durand libr. éd. Paris.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 3^e édition 1878, Marescq, éditeur, Paris.
- Emmanuel LÉVY. — Affirmation du droit collectif. 1903, Paris, Bellais.
- MEYNIAL. — Note sur la distinction de la cause et des motifs au S. 1896, 1. 289.

- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 2^e édition, 1902.
Paris, Pichon, éditeur.
- PLANIOL. — Dans quels cas la donation faite par un concubin à l'autre peut être annulée. *Revue critique*, année 1888, p. 705.
- Note traitant de la distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux au D. 1891. 2. 113. (Nîmes 22 janvier, 1900).
- SALEILLES. — Déclaration de volonté, Pichon, éd. Paris. Théorie de l'obligation 2^e édit. 1901. Pichon, éd. Paris.
- SÉFÉRIADÈS. — Etude critique sur la théorie de la cause, thèse, 1897, Paris, Arthur Rousseau, édit.
- TARBOURIECH. — De la cause dans les libéralités, Paris, 1894.
- TIMBAL — De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français, thèse 1882, Toulouse, Douladoure. Privat, imprimeur.
- TOULLIER et TROPLONG. — Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du code 1843-1872.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	
Le mouvement subjectif et le droit en général.	1
Importance de la tendance subjective dans le contrat. Le contrat d'abord essentiellement formaliste se définit peu à peu l'œuvre de la volonté.	
Introduction des mobiles dans la convention. Le Code civil et la théorie classique de la cause. Critique doctrinale de la cause. Elargissement jurisprudentiel qui remplace la cause par le mobile actif et individuel de la convention. Limité d'abord aux contrats à titre gratuit, il s'étend aux contrats à titre onéreux.	
Place de cette tendance dans la direction générale du droit.	
CHAPITRE PREMIER	
<i>Les mobiles et le droit romain</i>	9
Intérêt de cette étude — à dessein éloignée de toute érudition.	
Théorie générale des contrats en droit romain. Evolution du contrat formaliste au contrat consensuel. Impossibilité logique d'une notion générale de la cause.	
Idée objective d'enrichissement sans cause — application de cette idée au domaine contractuel — son intervention spécialement étudiée dans les contrats formels et dans les contrats innommés.	
Apparition du sens subjectif de la causa. Coïncidence	

de cette définition avec la définition des contrats innommés. Caractère embryonnaire de la cause.

Complément de la notion d'enrichissement sans cause, par la notion d'enrichissement injuste. Notion d'illicéité jointe à la notion d'absence de cause.

Nécessité de laisser à cette ébauche de la cause, son caractère particulier et imprécis.

Considération des motifs. Erreur sur les motifs. Motifs illégitimes. Querela inoficiosi testamenti, donatio-nis, dotis.

Conclusion. Tendance sur certains points pour des notions subjectives à émerger d'un droit formaliste et objectif.

CHAPITRE II

La cause et l'ancien droit..... 27

Effort de Domat consistant à généraliser et synthétiser ; dégage une théorie générale de solutions particulières et confuses.

Classification des contrats, à laquelle Domat s'arrête. Distinction générale de contrats intéressés et désintéressés. Cause dans les contrats intéressés — cause dans les contrats désintéressés.

Règles de la cause relative soit à l'absence, soit à la fausseté. Pas de cause illicite.

Complément de ces règles par la définition donnée par Pothier de la cause illicite. Souvenir du point de vue romain. Tendance plus objective de Pothier par rapport à Domat.

Articles 1431, 1433 du Code civil reproduisant la théorie de Pothier et de Domat.

CHAPITRE III

Théorie générale de la cause..... 35

Conception générale du contrat dans le droit classique. Le contrat, accord de volontés. Caractère subjectif de

la convention tiré des conditions constitutives du contrat et des vices du consentement. Accord de ce caractère du contrat et de la notion de cause, la cause permettant de faire intervenir un peu plus de la volonté.

Evolution de la notion de cause : 1. — Théorie classique ; 2. — Critique doctrinale de cette notion classique ; 3. — Intervention jurisprudentielle élargissant la formule ancienne et remplaçant le mobile juridique par le mobile psychologique.

Théorie classique :

1. — *Définition générale* de la cause, mobile *immédiat, déterminant, juridiquement suffisant*.

2. — Classification générale des contrats : contrats à titre onéreux et à titre gratuit. Subdivision des contrats à titre onéreux, contrats où les deux prestations sont à échanger, et contrats où l'une des prestations s'est déjà réalisée — trois types de causes correspondant à ces trois catégories de conventions.

3. — Définition plus détaillée de la cause dans les contrats à titre onéreux synallagmatiques — dans les contrats à titre onéreux unilatéraux — dans les contrats à titre gratuit.

4. — Règles de la cause :

a) *Tout contrat doit avoir une cause*. — Contrat passé par un fou, seul exemple possible. Au cas d'erreur de droit, ou de cause insuffisante, il n'y a pas absence de cause.

b) *Le contrat ne doit pas avoir de fausse cause*. — Mobile non réalisé — impossibilité de concevoir la cause fausse en dehors de la conception scrupuleuse classique — exemples de fausses causes.

c) *Le contrat ne doit pas avoir de cause illicite*. — Point de vue social de la théorie de la cause par opposition au point de vue individuel.

Notions exprimées dans l'illicéité — cause contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre public.

Contenu variable de la notion de bonnes mœurs — rapprochement de la notion de bonnes mœurs en droit romain et en droit français.

Contenu également variable de la notion d'ordre public — ses caractères et ses tendances actuelles — rapports des bonnes mœurs et de l'ordre public.

5. — *Sanction des règles de la cause.* — Nécessité de rapprochement avec le droit romain.

a) *Droit romain.* — Manière distincte de poser le problème. « *Condictio causa data, causa non secuta* » nécessité de se placer après l'exécution d'une des obligations.

« *Condictio ob turpem vel injustam causam* », distinction du côté duquel provient l'illicéité.

b) *Droit français.* — Changement de situation — dès le début les deux obligations sont nées.

Cause fausse — les effets de la fausseté de la cause s'apprécient dès le début, avant l'exécution de l'une des obligations.

Cause illicite — En principe, pas à distinguer de quel côté provient l'illicéité. En fait, souvenir du droit romain, controverse, essai d'une justification nouvelle, incertitude de la jurisprudence, recherche inutile d'un critérium, en réalité tendance vers la nullité sans aucune limitation.

CHAPITRE IV

Critique de la théorie classique..... 77

Résumé des éléments classiques de la cause. Position de la critique doctrinale — historique de cette critique — son effort apporté à démontrer :

1. — *Fausseté logique de la cause.* Critique de M. Planiol. Contrats synallagmatiques : impossibilité pour les deux obligations d'être simultanément causes, car la notion de cause implique antériorité — réponse : la cause est un mobile.

Contrats réels : la cause est le contrat lui-même — réponse : c'est non la prestation, mais la considération de la prestation.

Libéralités : l'esprit de libéralité est une notion vide de sens — réponse, en fait il y a certaines personnes morales, pratiquement, tendance à élargir cette formule.

2. — *Inutilité de la théorie de la cause* :

a) *Contrats de bienfaisance*. — Pour la notion d'absence de cause ou de fausseté de cause, pas d'exemple pratique, en dehors de la folie.

Pour la notion de cause illicite, on ne voit pas que l'esprit de bienfaisance puisse devenir immoral, au moins avec les principes actuels.

b) *Contrats à titre onéreux*. — Explication que la cause soit dissimulée par un autre élément objectif :

1^o Contrat synallagmatique.

Fausse cause : s'il y a fausse cause ;

ou il y a défaut d'objet ;

ou l'objet est hors du commerce ;

ou un cas fortuit ou de force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation, et l'obligation adverse s'éteint du même coup ;

ou le contrat tout entier n'a pas pris naissance.

Cause illicite, l'article 6 et l'article 1128 suffisent.

2^o Contrat unilatéral réel : démonstration a fortiori ; le mobile est toujours voilé par la naissance même du contrat.

CHAPITRE V

Elargissement jurisprudentiel de la notion de cause..... 92

Parallélisme de la doctrine et de la jurisprudence.
Sens de ce double mouvement.

1. — *Contrats à titre gratuit* :

a) *Donations entre concubins*. — Tâtonnement de la

jurisprudence. Il y aurait dans ces donations une sorte de captation — les donations constitueraient des contrats à titre onéreux, où l'une des obligations serait représentée par l'engagement à des complaisances coupables. Imprécision de son système. A certains égards elle paraît bien voir dans les donations à des concubins de véritables contrats à titre gratuit. Distinction suivant le mobile qui inspire dans ce cas la libéralité. Preuve du mobile expliquant la libéralité cherchée en dehors de l'acte, description toutefois de cette recherche.

b) *Libéralités à des enfants naturels*. — Impossibilité de faire tomber ces libéralités avec les principes actuels. Point de départ de la jurisprudence. Objections de la doctrine. Prétendu cercle vicieux. Réduction et non nullité de la donation.

c) *Libéralités à un enfant adultérin ou incestueux*. — Rapprochement de cette situation et de la précédente. Preuve limitée au contenu de l'acte. Intérêt de cette limitation.

Résumé de ces diverses solutions. Caractère essentiel, mobile déterminant.

d) *Condition considérée comme la cause impulsive et déterminante*. — Explication historique de l'article 900. Travaux préparatoires. Nécessité promementanée, aujourd'hui disparue. Intervention de la jurisprudence. Système imaginé en premier lieu. Système actuel.

Résumé du mouvement jurisprudentiel en matière de contrats à titre gratuit. Remplacement de l'esprit de bienfaisance par le mobile psychologique particulier qui anime la donation. Objections. Arguments en faveur de la jurisprudence. Absence de signification de l'esprit de bienfaisance, ou signification spéciale à certaines donations seulement, manque d'équilibre dans la définition de la cause dans les contrats à titre gratuit et dans les contrats à titre onéreux. Argument de la tradition en faveur du sens jurisprudentiel. Appui implicite du Code civil dans ce même sens, article 1110. Nécessité de ré-

pondre à une psychologie plus indiscrète et de dégager le mobile concret et individuel de la convention.

2. — *Contrats à titre onéreux :*

Caractère artificiel de la classification de contrats à titre gratuit et de contrats à titre onéreux. Barrière déjà franchie par la théorie de la condition de l'article 900.

Apparition en dehors de chacun des mobiles distincts des obligations, du mobile commun des parties, du mobile du contrat.

Jurisprudence relative aux maisons de tolérance — contrats de vente d'immeuble, de louage, de prêt, vente d'aliments, contrats de service de domesticité. Nullité de toutes les conventions qui y aboutissent.

Avantages au point de vue social. Remplacement du mobile juridique par le mobile psychologique. Mobile indiquant le but, la fonction de la convention. Disparition des anciennes classifications de contrats. Mobile variable avec chaque espèce nouvelle.

Extension de cette jurisprudence en dehors de l'exemple des maisons de tolérance.

CHAPITRE VI

Critique de la jurisprudence..... 427

Rattachement de cet élargissement jurisprudentiel à l'évolution générale décrite le long de cette étude. Rappel de ce mouvement. Droit formaliste. Contrat consensuel. Notion de cause. Sens classique. Impuissance pratique, quoique progrès théorique. Achèvement de l'évolution. Sens économique.

Mouvement général de la pensée, saisissable dans tous les domaines.

Orientation du droit dans le sens subjectif en dehors du terrain contractuel, droit fait de croyances sociales, notion de l'abus de droit.

Rapports de l'abus de droit et de la cause illicite.

1. — *Points communs.* — Rattachement des droits aux individualités, d'où intervention du mobile pour ces deux notions.

2. — *Différences qui les séparent.* — Cause illicite, défense de la *société* directement contre le mobile contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre public, abus de droit, défense d'un *individu* immédiatement du moins, défense il est vrai définie par un critérium social.

Mêmes avantages et même souplesse de la cause et de l'abus de droit. Fécondité de ces formules.

CHAPITRE VII

Orientation probable de la cause. Législations étrangères.. 435

1. — Différences entre le point de vue individuel et le point de vue social. Jurisprudence française a borné son élargissement de la cause aux motifs, en ce qui concerne leur caractère illicite. De même législation allemande qui supprime la cause, parle toujours de motifs illicites.

2. — En ce qui concerne le respect de la volonté individuelle, échec de la doctrine ancienne. Législation comparée. Code suisse supprime la cause. Système allemand de la déclaration de volonté, retour apparent vers le formalisme. Mouvement doctrinal, même en droit français contre la théorie de l'accord de volontés.

3. — Nécessité de corriger le mouvement subjectif jusqu'ici décrit. Notion de volonté tend bien à s'élargir et à se compliquer. Erreur de la théorie classique qui présume cette volonté en général dans tous les contrats et en donne a priori une définition uniforme. Examen plus positif des faits, présomption renversée, c'est-à-dire dans le sens social, la volonté doit se prouver, d'où le système de la déclaration.

4. — Si présomption dans le sens social, problème différent en ce qui concerne les motifs illicites. Mouvement subjectif se retrouve et se prolonge à ce point de vue. Substitution du critérium social au critérium individuel dans la limite à fixer de l'investigation du juge.

5. — *Conclusions.* — Correction et meilleure adaptation du mouvement subjectif retracé.

BIBLIOGRAPHIE.....	147
--------------------	-----

